

**Die inländische Anerkennung des im Ausland
eröffneten Konkurses einer ausländischen
Gesellschaft**

Heinz Willer

1972

Die inländische Anerkennung des im Ausland eröffneten Konkurses einer ausländischen Gesellschaft

Inaugural-Dissertation

**zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München**

vorgelegt von

Heinz Willer

1972



Referent: Priv.Do. Dr.jur. Günther Grasmann

Korreferent: Prof. Dr.jur. utr., Dr.jur.h.c. Murad Ferid

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Juli 1972

Literaturverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	X
Einleitung	1
A. Stand der Meinungen	3
I. Rechtssprechung	3
1. Vertreter der gesellschaftsrecht- lichen Lösung	3
a) Reichsgericht	3
b) Instanzgerichte	4
c) BGH	5
2. Abweichende Entscheidungen	6
a) Konkurse juristischer Personen	6
b) Konkurse von Personengesell- schaften	7
II. Schrifttum	8
1. Vertreter der gesellschaftsrecht- lichen Lösung	8
2. Ablehnende Ansichten	9
a) Territorialisten	9
b) Universalisten	12
III. Zusammenfassung	13
B. Die Einwirkungen des Konkurses auf die Organisation von Gesellschaften im materiellen Recht	16
I. Deutschland	16
1. Die Auflösung von Handelsgesell- schaften	16
a) Aufgaben der Gesellschaft im Auflösungsstadium	16
b) Umfang der Vertretungsmacht der Liquidatoren	19
aa) Personengesellschaften	19
bb) Aktiengesellschaft	20
cc) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	21
dd) Genossenschaft	22
c) Übergang der Vertretungsmacht auf die Liquidatoren	23

e) Auflösung	69
f) Liquidatorenstellung des Konkursverwalters	69
aa) Deutsches Recht	69
bb) Schweiz	70
cc) Frankreich	70
dd) England	71
2. Einwände gegen die unterschiedliche Behandlung des Verwalters eines Gesellschaftsinsolvenzverfahrens auf Grund seiner Liquidatorenstellung	72
a) Praktische Bedenken	72
b) Einschränkungen der Anerkennung des Zugehörigkeitsrechts	73
Zusammenfassung	75
D. Die Stellung des ausländischen Konkursverwalters im internationalen Konkursrecht	76
1. Die Befugnis, inländische Vermögensstücke zur ausländischen Konkursmasse zu ziehen sowie Aktivprozesse zu führen	76
1. Begründungen der grundsätzlichen Territorialität	77
a) Die Konkurseröffnung als Hoheitsakt	77
b) Die Verwandtschaft zur Enteignung	78
c) Der Konkurs als Institut des Prozeßrechts	80
d) Die Parallele zur Einzelzwangsvollstreckung	81
Zusammenfassung	82
2. Begründungen der grundsätzlichen Universalität	82
a) Die Einheitlichkeit des Vermögens	82
b) Die Konkursmasse als Rechtssubjekt	83
c) Die Ausdehnung der Rechtskraft	84
d) Die Tatsachenwirkung der Konkurseröffnung	84
e) Verlust der Geschäftsfähigkeit	85
f) Verwandtschaft zur partiellen Geschäftsfähigkeit	85
g) Die Verwandtschaft zur handelsrechtlichen Liquidation	86

h) Die internationale rechtshilfe- verpflichtung	88
i) Die Parität	90
Zusammenfassung	91
3. Der Interessenvergleich	93
a) Die Vorteile einer unbeschränkten Anerkennung	93
b) Die Nachteile der unbeschränkten Anerkennung	95
c) Die Stellung der beschränkten Universalität	98
Zusammenfassung	103
4. Die Beschränkung der Konkurszuständigkeit nach § 238 KO als Hinweis für die Aner- kennung des ausländischen Konkurses	103
a) Die Unzulänglichkeit der Einzelzwangs- vollstreckung im Insolvenzstadium	103
b) Die Nachteile der inländischen Gläubiger bei der Einzelzwangsvollstreckung	105
aa) Rechtliche Gleichbehandlung von in- und ausländischen Gläubigern	106
bb) Tatsächliche Vorteile der inländi- schen Gläubiger	107
cc) Tatsächliche Vorteile der Gläubiger des Konkurseröffnungsstaates	108
Zusammenfassung	111
II. Die Passivlegitimation	111
1. Stand der Meinungen	111
2. Eigene Lösung	114
a) Die Passivlegitimation des Gemein- schuldners	114
b) Die Passivlegitimation des Konkurs- verwalters	115
c) Die Eintrittsbefugnis des Konkurs- verwalters	118
Zusammenfassung	119
III. Einzelfragen bei der Anerkennung ausländischer Gesellschaftskonkurse	120
1. Konkursfreier Bereich	120
a) Umfang der Konkursmasse	120
b) Die Vertretung im konkursfreien Bereich	122

2. Besonderheiten der Auflösung durch den Konkurs	24
a) Abgrenzung von Konkurs- und Liquidationsverfahren	24
aa) Nach Gläubigerbefriedigung verbleibendes Vermögen	26
bb) Konkursfreies Vermögen	26
aaa) Der Zwangsvollstreckung nicht unterliegendes Vermögen	26
bbb) Neuerwerb	27
ccc) Freigabe von Vermögenswerten durch den Konkursverwalter	31
b) Die Organisation der Gesellschaft während des Konkurses	33
aa) Juristische Personen	33
bb) Personengesellschaften	42
cc) Unabhängigkeit der Gesellschafts- von den Konkursorganen	44
3. Juristische Personen des BGB und nicht-rechtsfähiger Verein	47
a) Fortdauer der Rechtsfähigkeit zu Konkurs- und Abwicklungszwecken	47
b) Die Konkurseröffnung als Auflösungsgrund	47
c) Nichtrechtsfähiger Verein	52
Zusammenfassung	52
II. Ausländische Rechte	53
1. Schweiz	53
2. Frankreich	56
3. England	59
G. Die Anerkennung eines ausländischen Gesellschaftskonkursverwalters	63
1. Versuch der gesellschaftsrechtlichen Lösung	63
a) Grundsatz der Anerkennung der nach dem Zugehörigkeitsrecht eingetretenen gesellschaftsrechtlichen Änderungen	63
b) Beschränkung des Einheitsgrundsatzes auf spezifisch gesellschaftsrechtliche Probleme	64
c) Der Umfang der Konkursmasse	65
d) Verlust der Rechtsfähigkeit	68

2. Gemeinschuldnerstellung	123
3. Passivlegitimation	123
E. Ergebnis und rechtspolitischer Ausblick	125

Literaturverzeichnis

- ABRAHAM, Raymond, Les sociétés en droit international privé, Paris/Lüttich 1957
- BAR, Ludwig von, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, Stuttgart 1892
- BARZ, Carl-Hans, Großkommentar zum Aktiengesetz, 8. Teil: Auflösung und Nichtigkeit, 2. Auflage, Berlin 1961
- BAUMBACH, Adolf, und DUDEN, Konrad, Kurzkomentar zum Handelsgesetzbuch, 18. Auflage, München 1969
- BAUMBACH, Adolf, und HUECK, Alfred, Kurzkomentar zum Aktiengesetz, 13. Auflage (unter Mitarbeit von Hueck Götz), München 1968; Zusatzband (unter Mitarbeit von Schulze Joachim), 1970
- BAUMBACH, Adolf, und HUECK, Alfred, Kurzkomentar zum GmbHG, 13. Auflage, München 1970
- BAUMBACH, Adolf, und LAUTERBACH, Wolfgang, Kurzkomentar zur Zivilprozeßordnung, 30. Auflage, München 1970
- BAUMGÄRTEL, Gottfried, Die Grenzen der internationalen Zuständigkeit im Falle des § 238 I KO; AWD 71/557 ff.
- BEITZKE, Günther, Juristische Personen im internationalen Privatrecht und Fremdenrecht, München und Berlin 1938
- BEITZKE, Günther, Nochmals zur Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten, JZ 56/573
- BERBER, Friedrich, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, München und Berlin 1960
- BETT K., Der Konkurs der Aktiengesellschaft und ihre Erneuerung, Diss. Leipzig 1904
- BLEY, Erich, Anmerkung zu RG vom 5.1.1937, JW 37/1508
- BLEY, Erich, und MOHRBUTTER, Jürgen, Kommentar zur Vergleichsordnung, 1. Bd.: §§ 1-81, 3. Auflage, Berlin 1968
- BLOM-COOPER, Louis-Jacques, Bankruptcy in Private International Law, London 1954
- BÖHLE-STAMMSCHRÄDER A., Kurzkomentar zur Konkursordnung, 9. Auflage, München 1969
- BÖHLE-STAMMSCHRÄDER A., Von einem Konkursabkommen der EWG-Staaten KTS 64/65 ff.
- de BOOR, Hans-Otto, und ERKEL, Günther, Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleich, 2. Auflage, Wiesbaden 1962
- BÜRGI, F. Wolfhart, Züricher Kommentar, Bd. 5, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft (§§ 739 - 747 OR), Zürich 1970
- CHESHIRE G.C., Private International Law, 8. Auflage (unter Mitarbeit von North P.M.), London 1970
- COSACK, Konrad, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Allgemeine Lehren und das Schuldrecht, 8. Auflage (unter Mitarbeit von Mitteis Heinrich), Jena 1927

- CRAUSHAAR, Götz v., Die internationalrechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozeßnormen. Österreichisches Erbrecht im deutschen Verfahren, Karlsruhe 1961
- DICEY, Albert Venn, und MORRIS J.H.C., Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 8. Auflage, London 1967
- DOEHRING, Carl, Insolvenz im EWG- und EFTA-Raum, DB 64/1691
- DÖLLE, Hans, Die siebte Haager Konferenz, RabelsZ (1952) 17/161ff.
- DÜRINGER A. und HACHENBURG M., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Mannheim und Leipzig 1913
- ECK, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Auflage, Berlin 1903
- EGGER, Anton, Züricher Kommentar, Bd.1, Einleitung und Personenrecht (§§ 1 - 89 ZGB), 2. Auflage, Zürich 1930
- ENNECCERUS, Ludwig, und NIPPERDEY, Hans-Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 15. Auflage, Tübingen 1960
- ERMAN, Walter, Handkommentar zum BGB, 4. Auflage (bearbeitet von Arndt Karl), Berlin 1967
7. Tätigkeitsbericht der EWG-Kommission, Vollstreckungs- und Konkursabkommen, AWD 1964/294 ff. (= EWG-Bericht)
- FERID, Murad, Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, Festschrift Dölle II (1963), Seite 119-148
- FICHTNER, Oswin, Kommentar zur Konkursordnung, Darmstadt 1955
- FÜRGER, Hans-Rainer, Die Stellung des Konkursverwalters im internationalen Privatrecht, Diss. Regensburg 1969
- GAVALDA, Christian, Etat actuel du droit international de la faillite, Travaux du Comité Français de Droit International Privé 1962-64/213 ff.
- GIERKE, Otto v., Deutsches Privatrecht, Bd.1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895
- GODIN, Reinhard Freiherr v., und WILHELM, Hans und Sylvester, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, Berlin 1967
- GOLDSTEIN J., Der Konkurs der Aktiengesellschaft, Diss. Würzburg 1901
- GRASMAN, Günther, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Herne und Berlin 1970
- GRAVESON R.H., The Conflict of Laws, 5. Auflage, London 1965
- GRISWOLD, Erwin N., The Reciprocal Recognition of Divorce Decrees, 67 HLR 823 ff.
- GUTZWILLER, Max, Züricher Kommentar, Bd.5, 6. Teil: Genossenschaften (§§ 828 ff. OR), Zürich 1970
- GUTZWILLER, Max, HINDERLING, Hans, MEYER-HAYOZ, Arthur, SECRETAN, Roger v., und STEIGER, Werner v., Schweizerisches Privatrecht, Basel und Stuttgart 1967 (= Schweizerisches Privatrecht)

- HAASE, Das Recht der Gläubiger einer OHG, die Bestellung eines gerichtlichen Liquidators zu beantragen (§ 146 Abs.2 HGB), JW 1913/719
- HACHENBURG, Max, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 5. Auflage (unter Mitarbeit von Bing Fritz und Schmidt II Walter), Berlin und Leipzig 1926
- HAHN C., Gesamte Materialien zur Konkursordnung, 3. Auflage, Berlin 1881
- HAGEMANN, Heribert, Die Handlungsbefugnis des ausländischen Konkursverwalters in Deutschland, Diss. Göttingen 1960
- HAGEMANN, Heribert, Die Handlungsbefugnis des ausländischen Konkursverwalters in Deutschland, KTS 60/161 ff.
- HALSBURY, Laws of England, Bd.2: Bankruptcy, 3. Auflage (geführt von Lord Simonds), London 1953
- HALSBURY, Laws of England, Bd.6: Companies, 3. Auflage (geführt von Lord Simonds), London 1954
- HARTMANN, Wilhelm, Berner Kommentar, Bd.7: Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Art.552 - 619 OR), Bern 1943
- HELDRIICH, Andreas, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, Berlin und Tübingen 1969
- HELLMANN, Friedrich, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907
- HELLWIG, Konrad, Lehrbuch, des deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1909
- HESS, Kurt, Konkurs und Vergleich im internationalen Privatrecht, Diss. Gießen 1934
- HEYERS, Robert, Beschränkungen der Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen im internationalen Privatrecht, Diss. Köln 1956
- HOFSTETTER, Rolf, Wirkungen des Auslandskonkurses auf das Inlandsvermögen, Anmerkung zu BGH vom 7.12.61, AWD 62/81 ff.
- HOUIN, Roger, Konkursprobleme des Gemeinsamen Markts, KTS 61/177 ff.
- HUECK, Alfred, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage, Berlin und New York 1971
- JACOT, Louis, Essai de la réglementation de la faillite en droit international, Neuchâtel
- JÄGER, Ernst, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, Freiburg i.Br. und Leipzig 1897 (= JÄGER OHG-Konkurs)
- JÄGER, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung, Bd.2: §§ 47 - 244 (verwendet für §§ 237/238), 6./7. Auflage, Berlin 1936

JÄGER, Ernst, und LENT, Friedrich, Kommentar zur Konkursordnung, Bd.1: §§ 1 - 70, 8. Auflage, Berlin 1958

JÄGER, Ernst, und WEBER, Friedrich, Kommentar zur Konkursordnung, Neulieferung von §§ 207 - 213 (Gesellschaftskonkurs), 8. Auflage, Berlin 1969

JOSLIN, G.Stanley, Bankruptcy: Anglo-American Contrasts, MLR 66/149 ff.

KALTER, Anton, Konkursrecht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, KTS 55/39 ff.

KEGEL, Einführungsgesetz, Kommentierung in SOERGEL-SIEBERT, 7. Band, 10. Auflage, Stuttgart 1970 (= KEGEL in SOERGEL-SIEBERT)

KEGEL, Gerhard, Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch, 2. Auflage, München und Berlin 1964

KEGEL, Gerhard, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Festschrift für Hans Lewald S.259 ff. (= KEGEL Lewaldfeestschrift)

KISCH, Wilhelm, Grundriß des deutschen Konkursrechts, 3. Auflage, Mannheim und Berlin 1925

KLEINFELLER, Georg, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1912

KLEINFELLER, Georg, Die Universalität der Wirkungen des Konkurseröffnungsbeschlusses, NZ (1903) 13/564 ff.

KOHLER, Josef, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891 (= KOHLER Lehrbuch)

KOHLER, Josef, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 2.Auflage, Stuttgart 1903 (= KOHLER Leitfaden)

KUHN, Georg, Anmerkung zu BGH vom 4.2.60, MDR 60/578

LANDAU, Felix, Vorschläge des Berliner Anwaltvereins zur Konkursnovelle, DJZ 1898/132 ff.

LANG, Johannes, und WEIDMÜLLER, Ludwig, Handkommentar zum Genossenschaftsgesetz, 29. Auflage (bearbeitet von Baumann Horst und Metz Egon), Berlin und New York 1971

LANG, Heinrich, Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch, 9. Auflage, München und Berlin 1967

LARENZ, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967 (= LARENZ AT)

LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Bd.: Besonderer Teil, 8. Auflage, München und Berlin 1967 (= LARENZ BT)

LEHMANN, Walter, Der Konkurs der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Leipzig 1913

LEHMANN R., und HÜBNER H, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, Berlin 1966

- LEVASSEUR, Georges, und DECOCQ, André, Faillite in Repertoire Dalloz, Droit international II, Paris 1969
- LORENZ, Werner, Die internationale Zuständigkeit als Voraussetzung für die Anerkennung ausländischer Eheurteile in Deutschland, FamRZ 66/465 ff.
- LOUSSOUARN, Yvon, Les conflits des lois en matière des sociétés, S.1949, Nr. 218, S.218
- LOUSSOUARN, Yvon, und BREDIN, Jean-Denis, Droit de commerce international, Paris 1969
- LOUSSOUARN, Yvon, und TROCHU M., Nationalité des sociétés in Juris Classeur, Droit international, Fasc.564, Paris 1970
- LYON-CAEN Ch., Anmerkung zu Paris vom 12.7.1865, S.71.2.233
- LYON-CAEN Ch., und RENAULT L., Traite de droit commercial, Bd.8, 5. Auflage, Paris 1936
- MEILI, Friedrich, Lehrbuch des internationalen Konkursrechts, Zürich 1909 (= MEILI Lehrbuch)
- MEILI, Friedrich, Die geschichtliche Entwicklung des internationalen Konkursrechts, Zürich 1908 (= MEILI Geschichtliche Entwicklung)
- MELCHIOR, George, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin und Leipzig 1932
- MENTZEL, Franz, und KUHN, Georg, Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1962
- MEYER E.H., und MEULENBERGH, Gottfried, Kurzkommentar zum Genossenschaftsgesetz, 11. Auflage, München 1970
- MEYER K. und BLEYER J., Kommentar zur Konkursordnung, 2. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1920
- MOECKE, Hans-Jürgen, Verkaufsbedingungen für Sicherung gegen Zahlungsverzug bei Ausfuhr nach Belgien, AWD 62/219 ff.
- MÜLLER, Klaus, Die Rechtsstellung des Gemeinschuldners im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, Stuttgart 1968
- MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, Auslandskonkurs und Inlandsfolgen, in Festschrift für Hans Dölle, Bd.2, S.359 ff., Tübingen 1963
- NADELMANN, Kurt H., Die amerikanische Konkursordnung und gleichzeitige Konkurse im In- und Ausland, ZZP 76/212 ff.
- NADELMANN, Kurt H., Ausländische Gläubiger stehen inländischen gleich, SJZ 1946/103 f.
- NADELMANN, Kurt H., Ausländisches Vermögen unter dem Vorentwurf eines Konkursabkommens für die EWG-Staaten, KTS 71/65 ff.
- NADELMANN, Kurt H., Internationaler Bankrott, KTS 58/103 f.
- NADELMANN, Kurt H., The National Bankruptcy Act and the Conflict of Laws, HLR (1945/46) 59/1025

NADELMANN, Kurt H., Eine Revision der Kollisionsnormen in der Konkursordnung der Vereinigten Staaten von Amerika, ZZP 66/39 ff.

NADELMANN, Kurt H., Solomons v. Ross and International Bankruptcy Law, MLR (1946) 9/154 ff.

NAGEL, Karl, Das Genossenschaftsgesetz, mit Erläuterungen für den praktischen Gebrauch, Berlin 1926

NEUHAUS, Paul Heinrich, Anmerkung zu BGH vom 14.6.65, JZ 66/237 ff.

NIBOYET J.-P., Traité de droit international, Bd.6, Paris 1949

NUSSEBAUM, Arthur, Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen 1932

PAGENSTECHE, Max, Werden die Partei- und Prozeßfähigkeit eines Ausländers nach seinem Personalstatut oder nach den Sachnormen der lex fori beurteilt?, ZZP 64/249 ff.

PALANDT, Otto, Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (§§ 1 - 103 bearbeitet von Danckelmann Bernhard), 30. Auflage, München 1971

PERCEROU J., Anmerkung zu Civ. v. 27.12.1905, D.P. 1908.1.145

PERCEROU J., Anmerkung zu Trib. comm. Lyon v.30.10.1951, D.52/410

PERCEROU J., und DESSERTAUX, Traité des faillites, banque-routes et liquidations judiciaires, Bd.3, 2. Auflage, Paris 1938

PERRIN, Jean-Francois, La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets, Genf 1969

PICK, Ein Beitrag zur Natur der Kostenlast im Falle des § 10 KO, KuT 1927/19 f.

PLANCK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1: Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), 4. Auflage (hrsg.v. Strohal E.), Berlin 1913

PONSARD, A., Faillite, in Juris Classeur, Droit international, Bd.5, Fasc.568, Paris

PONSARD A., Anmerkung zu Cour de Cass. v. 7.6.62, Cl. 63/108

RAAPE, Leo, Internationales Privatrecht, 5. Auflage, Frankfurt und Berlin 1961

RABEL, Ernst, The Conflict of Laws, A Comparative Study, Bd.2: Foreign Corporations, Torts, Contracts in General, Chicago 1947

RGR-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1: Allgemeiner Teil (§§ 1 - 89; bearbeitet von Denecke Johannes), Berlin 1959

RINGLEB, Hans-Joachim, Universalität und Territorialität im deutschen internationalen Konkursrecht, Diss. Frankfurt 1968

ROBRECHT, Friedrich H., Die Rechtsposition der Organe der GmbH, der Personalgesellschaften und eingetragenen Genossenschaften nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen, DB 68/471

RODIERE, René, Précis Dalloz, Droit commercial Bd.2, 5. Auflage, Paris 1970

RODIERE, René, und HOUIN, Roger, Précis Dalloz, Droit commercial, Bd.1, 6. Auflage, Paris 1970

RIPERT, Georges, und ROBLLOT, René, Traité élémentaire de droit commercial, Bd.2, Paris 1968, (Nachlieferung für: Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle et banqueroutes)

ROLIN, Etude sur la faillite en droit international privé belge, R.d.dr.i.p. + dr.comm. 1903/492 ff.

ROLIN, Des conflits de lois en matière de Faillite, Rec. de Cours(1926) 14/5 - 158

ROSENBERG, Leo, und SCHWAB, Karl-Heinz, Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, München 1969

SAFA, Pierre, La faillite en droit international privé, Beirut 1953

SARWEY und BOSSERT G., Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Auflage, 1901, Berlin

SAVIGNY, Friedrich Carl v., System des heutigen römischen Rechts, Bd.8, Berlin 1849

SCHLEGELBERGER, Franz, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Auflage (bearbeitet von Geßler, Hefermehl Wolfgang, Hildebrandt Wolfgang und Schröder Georg), Berlin und Frankfurt 1963 (= SCHLEGELBERGER HGB)

SCHLEGELBERGER, Franz, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage (bearbeitet von Hefermehl Wolfgang, Herbig Gustav und Geßler Ernst), Berlin 1939 (= SCHLEGELBERGER AktG)

SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno, und KLEIN, Franz, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Neuwied und Bonn 1970

SCHOLZ, Franz, Kommentar zum GmbHG, 5. Auflage, Köln-Marienburg 1964

SCHUCANY E., Kommentar zum Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1960

SCHULZE, Walter, Die gerichtliche Liquidation von Gesellschaften nach englischem Recht, Diss. Bonn 1933

SCHWARTZKOPPEN, Luise v., Die Zwangsvollstreckung eines Konkursgläubigers in ausländisches Vermögen des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung, Diss. Bonn 1930

SEUFFERT, Lothar, Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899

SIEGELMANN, Heinrich, Die Stellung des Vorstandes, des Aufsichtsrates und der Hauptversammlung nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft, DB 69/1029

SIEGWART, Alfred, Züricher Kommentar, Bd.5, 4. Teil: Die Personengesellschaften (§§ 530 - 619 OR), Zürich 1938

SOERGEL Th. und SIEBERT W., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1.Bd.: Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), 10. Auflage (§§ 1 - 89, bearbeitet von Schultze-v.Lasaulx Hermann), Stuttgart 1967

SPERL H., Eine internationale Zuständigkeitsordnung in bürgerlichen Rechtssachen, Wien 1926

STAUB, Hermann, Kommentar zum Aktiengesetz, Sonderabdruck des Kommentars zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Berlin 1894

STAUDINGER J.v., und COING, Helmut, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1.Bd.: Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin 1954

STEIGER, Wilhelm v., Züricher Kommentar, Bd.5, 5. Teil c: Die GmbH (§§ 772 - 827 OR), Zürich 1965

SÜSS, Th, Sitzverlegung juristischer Personen vom Inland ins Ausland und umgekehrt, in Festschrift für Lewald, Basel 1953, S.603 ff.

SYDOW, BUSCH und KRIEG, Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz, 10. Auflage, Berlin und Leipzig 1932

THALLER, Edmond, Droit commercial, 5. Auflage, (bearbeitet von Percerou J.), Paris 1916

THOMAS, Heinz, und PUTZO, Hans, Kurzkommentar zur Zivilprozeßordnung, 4. Auflage, München 1970

TRAVERS, Maurice, Droit international commercial, Bd.7, Paris 1935

TRAVERS, Maurice, L'Unité de la Faillite,

TUHR, Andreas v., Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1.Bd.: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1910

VALENSI, Christian, Faillite, in Répertoire de droit international, A. de Lapradelle, Bd.8, Paris 1930

VÖLDERNDORFF, Otto Freiherr v., Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, Bd.1, Erlangen, 2. Auflage, 1885

WALLENFELS W., Das Wiederaufleben der eingetragenen Genossenschaft nach Zwangsvergleich und Einstellung des Konkurses, JW 34/1147

WEBER, Friedrich, Anmerkung zu BGH vom 29.5.61, JZ 63/223

WEBER, Friedrich, Die Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaften, KTS 70/73 ff.

WEBER, Friedrich, Zur Zulässigkeit eines Vergleichsverfahrens über das deutsche Vermögen eines ausländischen Schuldners, KTS 65/95 ff.

WEIPERT, Otto, Das Recht der OHG, der KG und der stillen Gesellschaft, im Großkommentar zum HGB (2.Bd.), 2.Auflage, Berlin 1950

WEISS, André, Manuel de droit international privé, 9.Auflage, Paris 1925 (= WEISS Manuel)

WEISS, André, Traité théorique et pratique de droit international privé, 2.Auflage, Paris 1913 (= WEISS Traité)

WIECZOREK, Bernhard, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 2.Auflage, Berlin 1966 (= WIECZOREK Handkommentar)

WIECZOREK, Bernhard, Großkommentar zur Zivilprozeßordnung, Berlin 1957 (= WIECZOREK Großkommentar)

WIESNER, Der Konkurs der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Würzburg 1906

WIGNY P., La faillite en droit international privé belge, Rev.d.dr.i.p. 1932/632 ff. und 1933/63 ff.

WILMOWSKI, G.v., Deutsche Reichskonkursordnung, 6.Auflage (bearbeitet von Kurlbaum A.u.K., Kühne W.), Berlin 1966

WOLFF, Martin, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 2.Auflage, Heidelberg und Berlin, 1954 (= WOLFF IPR)

WOLFF Th., Kommentar zur Konkursordnung, 2.Auflage, Berlin und Leipzig 1921 (= WOLFF KO)

WOLFF Th., Das Absonderungsrecht im Konkurs, Berlin 1892 (= WOLFF Absonderungsrecht)

WÜRDINGER, Hans, Aktiengesetz und Konzernrecht, 2.Auflage, Karlsruhe 1966

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
A.C.	Appeal Cases, House of Lords
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AktG	deutsches Aktiengesetz
AT	Allgemeiner Teil
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs- beraters
B.A.	englischer Bankruptcy Act von 1914, revidiert 1926
Basl. Jur. Mitt.	Basler Juristische Mitteilungen
BayJMbl.	Bayerische Justizministerialblätter
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BernK	Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch
BlZür	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
BGB	deutsche Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGH LM	Lindenmeier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
BT	Besonderer Teil
BVGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
C.A.	englischer Companies Act von 1948
Ch.	Law Reports, Chancery Appeals
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cl.	Journal du droit international, ge- gründet von Edouard Clunet
D.	Recueil Dalloz, Jurisprudence Générale
D.A.	Dalloz, Recueil analytique
DB	Der Betrieb
décr.	décret
D.P.	Dalloz, Recueil périodique et critique
eGmbH	eingetragene Genossenschaft mit be- schränkter Haftung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
HGB	deutsches Handelsgesetzbuch
HLR	Harvard Law Review
GenG	deutsches Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	deutsches Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
IPR	internationales Privatrecht
IPRspr	Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
Journ. soc.	Journal des sociétés
Journ. faill.	Journal des faillites
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	King's Bench
KG	Kammergericht oder deutsche Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	deutsche Konkursordnung
KTS	Zeitschrift für Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtsbarkeit (früher KuT)
KuT	Zeitschrift für Konkurs- und Treuhandwesen
LG	Landgericht
L.R.	Law Reports
LZ	Leipziger Zeitung
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
MLR	Modern Law Review
NieZ	Zeitschrift für internationales Privatrecht (auch bekannt als BöhmZ)
OGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr.	Entscheidungen der Oberlandesgerichte
OR	Schweizer Obligationenrecht

Pas.belg.	Pasicrisie belge, recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux de Belgique
PCJP	Publications de la Cour Permanente
Qu.B.	Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rep.	Repertoire
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
rev.crit.	Revue critique du droit international privé
rev.trim.dr.comm.	Revue trimestrielle du droit commercial
RG	Reichsgericht
S.	Sirey, Recueil général des lois et des arrêts (ab 1956 vereinigt mit Dalloz)
SAG	Die Schweizer Aktiengesellschaft, Zeitschrift zur Besprechung von Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsfragen der Aktiengesellschaften
SchuKG	schweizerisches Bundesgesetz über Schuldenbeitreibung und Konkurs
SeufArch	Seuffert's Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
trib.civ.	tribunal civil
trib.comm.	tribunal commercial
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	United States Code
WM	Wertpapierermittlungen
W.R.	Weekly Reporter
ZGB	Schweizer Zivilgesetzbuch
ZPO	deutsche Zivilprozeßordnung
ZürchK	Zürcher Kommentar
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

Einleitung

Mit der fortschreitenden Liberalisierung und Ausweitung des Außenhandels nach dem Zweiten Weltkrieg hat auch das Internationale Konkursrecht erheblich an Bedeutung gewonnen. Diese tatsächliche Entwicklung hat auch in der deutschen Literatur in einer Reihe von Publikationen ihren Niederschlag gefunden ¹⁾.

Obwohl jedoch nahezu alle Nachkriegsentscheidungen auf diesem Gebiet ²⁾ aufgrund der Tatsache, daß internationale Geschäfte zum größten Teil von Gesellschaften ³⁾ betrieben werden, Gesellschaftskonkurse betrafen, ist eine genauere Auseinandersetzung mit Fragen des Internationalen Gesellschaftskonkursrechtes zu vermissen. Dies wäre dann nicht weiter verwunderlich, wenn wesentliche Besonderheiten des internationalen Gesellschaftskonkurses gegenüber internationalen Konkursen über das Vermögen natürlicher Personen nicht zu verzeichnen wären. Schon aber bei der Grundfrage des Internationalen Konkursrechts, nämlich bei der Frage,

1) vgl. vor allem MÜLLER-FREIENFELS aaO, HAGEMANN Diss. u. KTS 60/161 ff.; RINGLEB S.110; FÖRGER S.134.

2) BGH v.4.2.60, NJW 60/774 = MDR 60/578 = KTS 60/74 = AWD 60/101 = WM 60/374; BGH v.7.12.61; NJW 62/1511 = IPRspr 60/61, S.520 ff., Nr. 157 = AWD 62/81 = WM 62/623; BGH v.19.10.67, IPRspr. 66/67, S.916, Nr. 307; OLG München v.29.9.55, BayJMbl. 56/35 = IPRspr. 1954/55, S.583, Nr. 210 = AWD 56/24; LG Freiburg i.Br.v.10.4.64, KTS 64/189 ff.; LG München AWD 66/410.

Demgegenüber Entscheidungen über internationale Konkurse natürlicher Personen nur: BGH v.30.5.62, IPRspr 62/63, S.721, Nr.226; AG Saarbrücken NJW 55/914 (Verhältnis BRD - Saar); LG Berlin JR 1957/106 (Nachlaßkonkurs; Verhältnis BRD - DDR).

3) Der Vollständigkeit halber und wegen der Ähnlichkeit der auftauchenden Probleme befaßt sich die vorliegende Arbeit sowohl mit den Konkursen über das Vermögen von Kapital- und Personengesellschaften als auch von Vereinen, rechtsfähigen und nicht-rechtsfähigen, und Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts und entsprechenden ausländischen Organisationen.

Zur Eignung des Begriffs "Gesellschaft" als Oberbegriff für alle diese Organisationen vgl. GRASMANN S.66, Rz.6.

ob ein Konkurs überhaupt extraterritoriale Wirkung hat, wird von der überwiegenden Meinung in Rechtssprechung und Literatur der Gesellschaftskonkurs anders behandelt als der Konkurs natürlicher Personen. Wird nämlich beim Konkurs natürlicher Personen von der wohl als herrschend zu bezeichnenden Meinung ⁴⁾ vertreten, daß eine ausländische Konkurs-eröffnung keine Wirkung hinsichtlich des im Inland belegenen Vermögens und somit der ausländische Konkursverwalter über das inländische Vermögen keinerlei Verfügungsmacht habe und diesbezüglich weder Aktiv- noch Passivprozesse führen könne, so glaubt man doch, dem ausländischen Gesellschaftskonkursverwalter diese Befugnisse zugestehen zu müssen, da er zugleich Liquidator und in dieser Eigenschaft anzuerkennen sei. Auch soweit man schon dem ausländischen Verwalter von Konkursen über das Vermögen natürlicher Personen diese Befugnisse zugesteht ⁵⁾, werden die Besonderheiten des Gesellschaftskonkurses als weitere Begründung für die Anerkennung angeführt. Wie der nachfolgende Stand der Meinungen zeigt, wird diese Sonderbehandlung des Gesellschaftskonkurses bei dieser entscheidenden Frage nur vereinzelt bekämpft.

Die vorliegende Arbeit bemüht sich, der Frage der Berechtigung dieser gesellschaftsrechtlichen Sonderlösung auf den Grund zu gehen.

-
- 4) so RG 21/7; 52/155; 100/241; OLG München IPRspr. 32, Nr.160; OLG Köln IPRspr. 32, Nr.161; BGH NJW 62/1511 = KTS 62/172; BGH NJW 60/774 = MDR 60/578 = KTS 60/75; JÄGER § 237, Anm.1; MENTZEL-KUHN § 237, Anm.1; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 237, Anm.1; FICHTNER § 237, Anm.1; SEUFFERT § 9, S.30 ff.; KISCH S.82; KLEINFELLER Niez 13/569; HELLMANN S.648; BLEY-MOHRBUTTER § 2, Rz. 61; Zusammenstellung: FÖRGER S.75 ff., 86; u.S.77ff.
- 5) RG 6/407; 16/41; RG JW 99/227; KG SeuffArch. 65/427; LG Hamburg NieZ 5/181; LG Karlsruhe NieZ 19/523 u. 19/525; NUSSBAUM S.457; RAAPE S.678; MÜLLER-FREIENFELS S.380; HAGEMANN Diss. S. 115 u. KTS 60/161 ff.; RINGLEB S.110; FÖRGER S.134; GRASMANN S.554 f., Rz.1125 ff.

Eine Mittelmeinung vertritt BLEY JW 37/1507, der eine Anerkennung des ausländischen Konkursverwalters nach Befriedigung aller inländischen Gläubiger befürwortet.

A. Stand der Meinungen

I. Rechtsprechung

1. Vertreter der gesellschaftsrechtlichen Lösung

a) Reichsgericht

Einer der gewichtigsten Vertreter der gesellschaftsrechtlichen Lösung ist das Reichsgericht. Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1885 ¹⁾ entschied es bei der Klage eines deutschen Gläubigers gegen eine in Konkurs geratene luxemburgische Aktiengesellschaft, nachdem es zuerst ausgeführt hatte, eine Klage gegen einen im Ausland in Konkurs geratenen Schuldner nach § 207 I KO (dem jetzigen § 237 KO) könne nur gegen den Schuldner selbst, nicht gegen den Konkursverwalter oder den Schuldner, vertreten durch den Konkursverwalter, gerichtet werden, daß im vorliegenden Falle die Klage doch richtig gegen die Aktiengesellschaft, vertreten durch den Konkursverwalter (und nicht durch den Vorstand oder die satzungsmäßigen gesetzlichen Liquidatoren) erhoben sei. Bei der Beklagten handle es sich um eine juristische Person, deren nach dem Zugehörigkeitsrecht eingetretenen Organisationsänderungen nicht ignoriert werden könnten. Bei der Prüfung der Frage, ob das luxemburgische Recht wirklich eine Vertretung der juristischen Person durch den Konkursverwalter vorsieht, stellt die Entscheidung darauf ab, daß die juristische Person mit der völligen Absorbierung des Vermögens auch die Rechtspersönlichkeit verliere. Da der luxemburgische Konkurs sämtliches Vermögen, auch den Neuerwerb, umfasse, werde das Leben der juristischen Persönlichkeit, jedenfalls soweit es die Handlungsfähigkeit nach außen betrifft, vollkommen durch den Konkurszweck und seine Organe absorbiert. Die bisherigen Organe - oder solche, die durch den Konkurs oder im Laufe des Konkurses erst geschaf-

1) RG 14/412 ff.

fen werden - mögen zwar noch einzelne Aufgaben innerhalb des Konkursverfahrens oder zum Zwecke der Wiederbelebung der Gesellschaft haben, jedoch stehe ihnen nicht die Befugnis zu, nach außen handelnd aufzutreten. Die Vertretung werde also allein durch den Konkursverwalter wahrgenommen. Diese Folge des Konkurses betreffe die Organisation der Gesellschaft, die sich nach dem Recht des Zugehörigkeitsstaates der juristischen Person richte; sie müsse infolgedessen anerkannt werden.

Diese Argumentation behält das Reichsgericht bei allen Entscheidungen, die die Stellung von Konkursverwaltern ausländischer juristischer Personen betreffen, bei ²⁾. Bei einer Entscheidung, bei der sowohl die Aktiv- als auch die Passivlegitimation des Konkursverwalters einer schwedischen Aktiengesellschaft erheblich waren, wurde nicht einmal auf das schwedische Recht eingegangen, sondern im Hinblick auf die Gründe von RG 14/412 seine Vertreterstellung unterstellt. Soweit es sich um die Klage gegen die Gesellschaft handelte, wurde der Prozeß nicht als unterbrochen angesehen; insoweit aber durch die Widerklage Ansprüche geltend gemacht wurden, wurden auch die sonstigen Wirkungen des schwedischen Konkurses und damit auch die Unterbrechung anerkannt ³⁾.

b) Instanzgerichte

Das OLG München hatte sich in seinem Urteil vom 29.9.55 ⁴⁾ mit der Aktivlegitimation des Schweizer Konkursverwalters einer Schweizer Aktiengesellschaft zu befassen. Nachdem

2) RG 16/337; 83/367; 89/181; in BOLZE: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen I (1886) Nr. 42

3) RG 16/337

4) OLG München, BayJMbl. 56/35 = IPRspr. 1954/55 S.583, Nr. 210

es diese bereits aufgrund einer engen Auslegung von § 237 KO bejaht hatte, gibt es als zweite Begründung die Vertretungsstellung des Konkursverwalters nach dem Heimatrecht der Gesellschaft an. Diese ergebe sich aus § 740 V OR, nach dem die Gesellschaftsorgane von der Vertretung ausgeschlossen wurden ⁵⁾, und weiterhin aus der völligen Unterwerfung des gesamten Gesellschaftsvermögens unter den Konkurs.

c) BGH

Ebenfalls um die Aktivlegitimation eines Schweizer Konkursverwalters einer Schweizer Aktiengesellschaft ging es im Urteil des BGH vom 7.12.1961 ⁶⁾. Dieser klagte gegen eine bayerische Bank auf Zahlung einer Forderung der gemeinschuldnerischen Gesellschaft an ihn. Die Entscheidung führt zunächst aus, daß die deutsche Konkursordnung von der Territorialität der Auslandskonkurse ausginge und demgemäß der Gemeinschuldner auch nach Konkurseröffnung befugt bleibe, im Inland belegene Forderungen selbst in Prozessen geltend zu machen. Aus § 237 KO sei jedoch nicht zu folgern, daß die gesetzliche Vertretung einer ausländischen juristischen Person durch den Konkursverwalter, der an die Stelle der Organe trete, nicht anerkannt werde. Diese Konkurswirkung des Übergangs der Vertretungsbefugnis beruhe auf der nach ausländischem Recht zu regelnden Frage der gesetzlichen Vertretung juristischer Personen und nicht auf dem (nicht anzuerkennenden) Beschlag des inländischen Vermögens für den ausländischen Konkurs. Der Schutzzweck des § 237 KO werde durch diese Anerkennung nicht beeinträchtigt, da die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen weiterhin zulässig bleibe. Eine Aufrechterhaltung der Vertretungsmacht der Organe der juristischen Person würde zu einer Aufspaltung der grundsätzlich nach dem Zugehörigkeitsrecht zu

5) vgl. u. S. 53 f.

6) BGH AWD 62/81 = IPRspr. 60/61 Nr.157/S.520 ff.= WM 62/263

regelnden gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft führen. Es sei auch bedeutungslos, ob der Kläger die Rechte der gemeinschuldnerischen Gesellschaft bezüglich der Klageforderung in seiner Eigenschaft als Massewalter oder als zur gesetzlichen Vertretung der Aktiengesellschaft berufene Person wahrnehme.

In der Entscheidung vom 19.10.1967 ⁷⁾ wird diese Meinung aufrechterhalten. Unter Voranstellung von Ausführungen über die grundsätzlich territoriale Einstellung der deutschen Konkursordnung bei ausländischen Konkursen wird erläutert, daß der Schweizer Konkursverwalter als Liquidator an die Stelle der satzungsmäßigen Organe der Schweizer Aktiengesellschaft getreten und damit vertretungsbefugt sei. Diese Befugnis, die nicht rein konkursrechtlich sei, müsse anerkannt werden.

2) Abweichende Entscheidungen

a) Konkurse juristischer Personen

Aufgrund der angeführten Entscheidung glaubt MÜLLER-FREIENFELS die einheitliche Rechtsprechung feststellen zu können, daß im Zugehörigkeitsstaat in Konkurs gefallene juristische Personen auch in Deutschland durch den ausländischen Konkursverwalter vertreten werden und dieser damit auch die Befugnis habe, inländisches Vermögen zur Konkursmasse zu ziehen ⁸⁾. Diese Feststellung trifft jedoch nicht zu. In seinem Urteil vom 4.2.1960 ⁹⁾ erkennt der BGH der gemeinschuldnerischen Gesellschaft, vertreten durch den außerhalb des Konkurses vertretungsberechtigten öffentlichen Verwalter, die Aktivlegitimation für die Einklagung einer Forderung gegen einen Schuldner unbekannten Aufenthalts zu.

7) BGH IPRspr. 66/67 S.916 Nr.307

8) MÜLLER-FREIENFELS S.375

9) BGH MDR 60/578 = AWD 60/101 = KTS 60/74 = NJW 60/774
= WM 60/374

Diese Forderung sei am Wohnsitz des Schuldners belegen, die Frage der Konkursbefangenheit hinge also letztlich von der dortigen Rechtsordnung ab. Die meisten Rechtsordnungen seien jedoch wie die deutsche vom Territorialitätsprinzip beherrscht. Dies müsse mangels Beweises des Gegenteils auch bei der hier unbekannten Rechtsordnung unterstellt werden. Damit habe der Massewalter aber hinsichtlich der Forderung kein Einziehungsrecht; vielmehr sei nur das außerhalb des Konkurses zuständige Organ der Gesellschaft zur Einziehung und damit auch zur Klageerhebung berufen. Auf die eventuelle Vertreterstellung des Massewalters geht der BGH in diesem Urteil nicht ein. Zu bemerken ist allerdings, daß der öffentliche Verwalter den Massewalter zur Klage bevollmächtigt hatte. Es ging also nur um die formelle Entscheidung, wer im Urteilskopf als gesetzlicher Vertreter der Klägerin geführt wird. Die Vermutung liegt nahe, daß der BGH nicht aus diesem Grund das Urteil aufheben wollte und deshalb aus rein praktischen Erwägungen diese Entscheidung traf.

Das OLG Karlsruhe vertritt in seinem Urteil vom 14.7.1911, daß der Konkursverwalter einer ausländischen eingetragenen Genossenschaft prozeßführungsbefugt sei. Dieses Ergebnis erreicht es jedoch über eine enge Auslegung des § 237 KO; auf die Besonderheiten des Konkurses einer Gesellschaft geht es in seiner Begründung nicht ein ¹⁰⁾.

b) Konkurse von Personengesellschaften

Für Personengesellschaften wurde eine Anerkennung der Legitimation des Konkursverwalters aufgrund gesellschaftsrechtlicher Überlegungen vom LG Karlsruhe ausführlich abgelehnt ¹¹⁾.

10) OLG Karlsruhe NieZ 23/320 ff.

11) LG Karlsruhe v.11.3.09, NieZ 19/525

Gegen eine der deutschen Kommanditgesellschaft ähnliche italienische Personengesellschaft war Klage erhoben worden. Während der Prozeß anhängig war, ging die Gesellschaft in Konkurs. Daraufhin wollte der Konkursverwalter den Prozeß im eigenen sowie im Namen der Gesellschaft fortsetzen. Das Gericht stellte fest, daß Beklagte weiterhin die Gesellschaft, vertreten durch die vor dem Konkurs Vertretungsberechtigten, sei. Der Konkursverwalter könne nicht als gesetzlicher Vertreter im Prozeß auftreten. Die Überlegungen von RG 16/417 könnten hier nicht herangezogen werden, weil es sich bei der Beklagten nicht um eine juristische Person handle. Der eigentliche Grund für die Annahme der Vertretterstellung durch das RG sei die Vermögensbezogenheit der dort betroffenen Kapitalgesellschaft gewesen. Bei einer KG hingegen beruhe die Haftung auf der Persönlichkeit der Gesellschafter. Es müßte also dieselbe Regelung gelten wie bei natürlichen Personen.

Auch das OLG Dresden folgt bezüglich des ausländischen Massewalters einer Personengesellschaft nicht der besonderen gesellschaftsrechtlichen Argumentation des RG, sondern läßt ihn in einem Passivprozeß lediglich als Nebenintervenient in seiner Eigenschaft als Vertreter der Konkursmasse, zu der er auch im Inland belegene Gegenstände ziehen dürfe, auftreten ¹²⁾.

II. Schrifttum

1. Vertreter der gesellschaftsrechtlichen Lösung

Unter den Befürwortern der gesellschaftsrechtlichen Lösung befinden sich sowohl solche, die jegliche Wirkung ausländischer Konkurse auf inländisches Vermögen verneinen ¹³⁾ als

12) OLG Dresden v. 17.5.1899, NieZ 1/214

13) BLEYER § 237 Anm.5; KLEINFELLER NieZ Bd.13/557; MELCHIOR S.411/§ 273; WILMOWSKI § 237 Anm.3; HOFSTETTER AWD 62/81 Im nachfolgenden "Territorialisten".

auch solche, die eine Anerkennung in beschränktem Umfang vorsehen ¹⁴⁾. Im wesentlichen werden zur Begründung die Argumente des Reichsgerichts herangezogen. KLEINFELLER vertritt in einem die beschränkte Universalität verwerfenden Aufsatz die Ansicht, man könne beim Gesellschaftskonkurs zwischen Rechten, die der ausländische Konkursverwalter als Vertreter der Gemeinschuldnerin wahrzunehmen habe und anderen, welche er nur in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter ausübe, keine effektive Trennung vornehmen. Deshalb müsse man allgemein die Vertretung durch den ausländischen Konkursverwalter anerkennen ¹⁵⁾. MELCHIOR sieht in der Anerkennung der Beseitigung der Organe einer ausländischen Aktiengesellschaft und ihrer Ersetzung durch den ausländischen Konkursverwalter einen typischen Fall für die begrüßenswerte Anerkennung nicht zu beseitigender Rechtstatsachen ¹⁶⁾.

2) Ablehnende Ansichten

Ebenso wie bei den Befürwortern der gesellschaftsrechtlichen Lösung befinden sich auch bei ihren Gegnern sowohl Anhänger der Territorialität des Auslandskonkurses als auch der beschränkten Universalität.

a) Territorialisten

KOHLER erkennt zwar an, daß das "Erlöschen" von juristischen Personen durch die Konkurseröffnung im Zugehörigkeitsstaat auch im Inland zu beachten sei. Eine Gesellschaft er-

14) Im nachfolgenden der Einfachheit halber "Universalisten" genannt.

SARWEY-BOSSERT § 237 Anm.4; NUSSBAUM S.453, Fn 5;

MÜLLER-FREIENFELS S.375

15) NieZ Bd 13, S.557

16) MELCHIOR S. 411

lösche jedoch erst nach der vollkommenen Liquidation und nicht schon mit Konkurseröffnung. Für das außerkonkursliche, also auch für das außerhalb des Konkurseröffnungsstaates in Deutschland belegene Vermögen, seien nicht die Konkursorgane, sondern die regelrechten Organe der Gesellschaft zuständig. Der Konkursverwalter sei nicht Organ der Gesellschaft, sondern der Gläubigerschaft. Die Stellung des Gemeinschuldners habe der Vorstand, da eine Ernennung von Liquidatoren nur bei anderer Auflösung als der Konkursauflösung statfinde. Sollte aber die Gesellschaft bereits vorher in Liquidation getreten sein oder sollte der Konkurs mit einem anderen Auflösungsgrund zusammenfallen, so würden die Liquidatoren an die Stelle des Vorstandes treten ¹⁷⁾ 18).

JÄGER führt aus, daß im konkursfreien Raum die satzungsmäßig berufenen Organe der Gesellschaft als gesetzliche Vertreter tätig werden ¹⁹⁾. Da unser Konkursrecht eine Beschlagswirkung des ausländischen Konkurses hinsichtlich des im Inland belegenen Vermögens nicht anerkenne, sei dieses konkursfrei; es habe also das außerhalb des Konkurses zur Vertretung befugte Organ für die Gesellschaft zu handeln ²⁰⁾.

Ähnlich äußert sich BEITZKE: Der im Ausland eröffnete Konkurs befallte im Inland belegenes Vermögen nicht; folgerichtig müsse man insofern die bisherigen Organe der juristischen Person als weiterhin vertretungsberechtigt ansehen. Die Verfügungsmacht des Konkursverwalters habe mit der Vertretung der juristischen Person unmittelbar nichts zu tun; der Kon-

17) KOHLER Lehrbuch S.315

18) Hier liegt ein besonders krasses Beispiel für die Tendenz vor, ausländischen Rechtsordnungen eine der deutschen Regelung gleiche Ausgestaltung des Gesellschaftskonkurses zu unterstellen.

19) JÄGER-WEBER, §§ 207/8 Anm.10

20) JÄGER § 237 Anm.4. Es verwundert allerdings, daß JÄGER trotz dieser eindeutigen Wertung die anderslautenden Entscheidungen des RG 14/412, 89/183 als Beleg zitiert.

kursverwalter sei Amtsperson und nicht Organ. Er macht allerdings eine Einschränkung für den Fall, daß das ausländische Konkursverfahren so ausgestaltet ist, daß der Konkursverwalter völlig in die Organstellung eintritt. In diesem Fall sei der ausländische Konkursverwalter auch bezüglich des nach § 237 KO nicht vom Konkursbeschlagnahme ergriffenen Vermögens Verfügungsberechtigt ²¹⁾.

Nach BETT haben wir zwar den Untergang einer fremden Rechtspersönlichkeit auch im Inland zu berücksichtigen; dabei seien aber die inländischen Rechtsgrundsätze, also in unserem Falle § 207 KO (jetzt § 237 KO), zu beachten. Dieser schließe aber eine Vertretung der Gesellschaft durch den ausländischen Konkursverwalter hinsichtlich des inländischen Vermögens aus ²²⁾.

BLEY greift die Rechtsprechung des Reichsgerichts an, weil sie sich in Widerspruch zu § 237 I KO setze, indem es aus der Frage nach den gegenständlichen Wirkungen der Konkursöffnung eine solche der auslandsrechtlichen Einordnung der juristischen Person mache. Der Umstand, daß das ausländische Recht den Konkursbeschlagnahme auch auf eventuellen Neuerwerb erstrecke und deshalb kein besonderes Liquidationsverfahren vorsehe, nötige nicht zur Anerkennung des ausländischen Konkursverfahrens. Der ausländische Konkursverwalter, auch der eines Gesellschaftskonkurses, habe aufgrund des Schutzgedankens des § 237 KO, jedenfalls solange noch inländische Gläubiger vorhanden seien, nicht die Befugnis, inländisches Vermögen zur Masse zu ziehen. Die Gesellschaft sei aber nicht mehr als werbendes Unternehmen zu betrachten; deshalb seien die satzungsmäßigen Organe im Innenverhältnis auch in Bezug auf inländisches Vermögen auf das Abwicklungsgeschäft beschränkt. Ein eventueller

21) BEITZKE S.138 f.

22) BETT S.16

Wegfall der Organe hindere die Rechtsverfolgung gegenüber den früheren Gesellschaftsorganen, wie aus § 237 KO folge, nicht; sie könne aber - wie auch beim Konkurs von natürlichen Personen - auch gegen den Konkursverwalter gerichtet werden, da § 237 KO lediglich eine Erleichterung für die Rechtsverfolgung erreichen wolle ²³⁾.

b) Universalisten

Im Gegensatz zu diesen grundsätzlich territorial eingestellten Meinungen geht HAGEMANN ²⁴⁾ davon aus, daß die Wirkungen eines ausländischen Konkurses grundsätzlich anzuerkennen seien; § 237 KO fingiere lediglich die Passivlegitimation des Gemeinschuldners auch nach der ausländischen Konkurs-eröffnung. Die grundsätzliche Legitimation des ausländischen Konkursverwalters könne aber nicht auf einer Organstellung innerhalb der gemeinschuldnerischen Gesellschaft beruhen. In den meisten Fällen sehe das Heimatrecht schon gar keine solche Organstellung vor ²⁵⁾. Selbst wenn das Zugehörigkeitsrecht einen solchen Organwechsel vorsehe, brauche dieser im Inland nicht anerkannt zu werden. Man könne nämlich nicht argumentieren, das inländische Vermögen sei vom Konkursbeschlagnicht erfaßt und dann doch die Legitimation des ausländischen Konkursverwalters über eine Organstellung herleiten, die ihrerseits lediglich auf dem Konkursbeschlagn beruhe. Die Legitimation könne also nur über eine Anerkennung der Beschlagnwirkung erreicht werden. Dies sehe die deutsche Konkursordnung vor, wenn auch unter den aus §§ 237/8 KO folgenden Einschränkungen.

23) BLEY JW 37/1507

24) HAGEMANN Diss. S.115; KTS 60/161

25) HAGEMANN Diss. S.37

III. Zusammenfassung

Der vorangegangenen Übersicht ist zu entnehmen, daß die gesellschaftsrechtlichen Überlegungen bei zwei - auch im Konkurs von natürlichen Personen umstrittenen Fragen zu unterschiedlichen Lösungen herangezogen werden:

- 1) Die Verfügungsbefugnis gehe auch hinsichtlich des in Deutschland belegenen Vermögens auf den Konkursverwalter über; er sei deshalb zur Führung von Aktivprozessen legitimiert ²⁶⁾.
- 2) Richtiger Beklagter in einem inländischen Prozeß wegen Forderungen gegen die gemeinschuldnerische Gesellschaft sei die Gesellschaft, vertreten durch den Konkursverwalter. Nach Meinung des BGH ²⁷⁾ kann er sogar als Partei in seiner Funktion als Massewalter auftreten ²⁸⁾.

Gegen diese Sonderlösung werden zwei Gruppen von Argumenten vorgebracht:

- 1) Das materielle Recht der Heimatstaaten sehe gar keine Sonderstellung des Gesellschaftskonkurses vor, die zu einer unterschiedlichen Betrachtung der Stellung des Verwalters im Inland führen könne; insbesondere habe der Konkursverwalter keine Organstellung.
- 2) Selbst soweit gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte für eine Anerkennung des ausländischen Konkursverwalters sprechen, würden sie durch entgegenstehende Wertungen des § 237 KO und die daraus abzuleitenden Grundsätze des internationalen Konkursrechts ausgeschlossen.

26) s.u. D I, S. 76 ff.

27) vgl. d. S.6

28) s.u. D II, S. 111 ff.

Sowohl bei den Vertretern als auch bei den Gegnern der gesellschaftsrechtlichen Lösung ist festzustellen, daß sie ihre Ansicht meist auf recht vage Vorstellungen über das Verhältnis von Konkurs und Auflösung in den materiellen Rechten aufbauen. Vor allem werden die gesellschaftsrechtlichen Folgen des Konkurses meist generell für alle Rechtsordnungen behandelt, ohne auf die möglichen Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen einzugehen ²⁹⁾.

Symptomatisch für die bestehenden Unklarheiten ist auch Folgendes: KUHN befürwortete das die Aktivlegitimation des ausländischen Konkursverwalters verneinende BGH-Urteil vom 4.2.1960 ³⁰⁾, indem er darauf hinweist, daß nur die "allgemeinen" gesellschaftsrechtlichen Folgen des Konkurses anzuerkennen seien, nicht jedoch die Beschlagswirkung. Dabei stellt er aber nicht klar, wo die Grenze zwischen den beiden Wirkungen zu ziehen sei. So werden diese Ausführungen zur Unterstützung der Urteile vom 7.12.1961 und 19.10.1967 ³¹⁾ herangezogen, die zum entgegengesetzten Ergebnis gelangen, ohne dies auf eventuelle Unterschiede zwischen dem österreichischen und schweizerischen Gesellschaftsrecht zu stützen.

Um Klärung zu verschaffen, ist also in erster Linie eine rechtsvergleichende Auseinandersetzung mit dem diesbezüglichen materiellen Recht erforderlich. Dabei wird auch festzustellen sein, ob die Gesellschaft nach Konkurseröffnung noch einwerbendes Unternehmen ist und überhaupt ein Organwechsel eintritt; falls man diese Frage bejaht, ist weiter zu untersuchen, ob die Stellung des neuen Organs dem Konkursverwalter oder den gesetzlichen oder satzungsmäßigen Liquidatoren zukommt.

29) vgl. KOHLER s.o.S.9f.; RG 16/337

30) MDR 60/578

31) s.o. A I 1 b, S.5f.

Da es um Fragen der Anerkennung geht, ist vor allem das ausländische materielle Recht von Interesse. Trotzdem wird vorab das deutsche Recht ausführlich erläutert. Dies geschieht deshalb, weil sich am eigenen Recht die angeschnittenen Probleme am leichtesten erläutern lassen und auch ausländische Rechtsordnungen, wie z.B. die österreichische, dem unseren insofern sehr ähneln. Außerdem gehen die angeführten Meinungen meist von Vorstellungen des deutschen Rechts aus. In RG 16/337 wird dies deutlich zum Ausdruck gebracht; auch sonst werden die angeblichen Besonderheiten des Gesellschaftskonkurses "allgemeinen", d.h. vom deutschen Modell abgeleiteten Überlegungen entnommen. Nach der Darstellung der deutschen Verhältnisse werden die Einwirkungen von Konkursen auf die Organisation Schweizer, französischer und englischer Gesellschaften erläutert. Dabei wird es vor allem darauf ankommen, Unterschiede zum deutschen System herauszuarbeiten. Das Schweizer Recht wird behandelt, weil gerade die letzten Entscheidungen des BGH mit Schweizer Gesellschaften zu tun hatten. Das französische und englische Recht hingegen werden wegen ihrer bedeutenden Abweichungen vom deutschen System erläutert. Wesentlich unterschiedliche Lösungen anderer Rechtsordnungen zum angeschnittenen Problem konnte der Verfasser bei den Vorarbeiten zu dieser Abhandlung nicht feststellen. Auf die Darstellung weiterer Rechte konnte daher verzichtet werden.

B. Die Einwirkungen des Konkurses auf die Organisation von Gesellschaften im materiellen Recht

I. Deutschland

Bei den Handelsgesellschaften ist die Konkursöffnung Auflösungsgrund ¹⁾. Rechtsfähige Vereine des Bürgerlichen Rechts sowie Stiftungen verlieren die Rechtsfähigkeit ²⁾. Für die ebenfalls konkursfähige nicht rechtsfähige Gesellschaft ³⁾ finden sich keine diesbezüglichen Vorschriften.

1. Die Auflösung von Handelsgesellschaften

Aus Gründen der einfacheren, übersichtlicheren Darstellung werden zuerst die handelsrechtlichen Organisationsformen behandelt, bei denen ausdrücklich die Auflösung vorgesehen ist. Dabei wird man sich, um das Verhältnis der Auflösung zum Konkurs richtig beurteilen zu können, zuerst über die Bedeutung der Auflösung allgemein klar werden müssen.

a) Aufgaben der Gesellschaft im Auflösungsstadium

Die Aufgaben der Gesellschaft im Auflösungsstadium richten sich nach dem Auflösungszweck. Hiermit kommt bereits zum Ausdruck, daß der Ausdruck "Auflösung" irreführend ist. Sie ist nicht mit dem tatsächlichen Ende oder Erlöschen der Gesellschaft identisch. Lediglich die Zielsetzung der Gesellschaft ändert sich; dabei bleibt in zwei Richtungen

1) OHG: § 131 Z.3 HGB; KG: § 161 II i.V.m. § 131 Z.3 HGB; AktG: § 262 Z.3 AktG; GmbH: § 60 Z.4 GmbHG; KGaA: § 289 I AktG i.V.m. §§ 161 II, 131 Z.3 HGB; eGmbH: § 101 GenG

2) § 42 I BGB; für die Stiftung: § 86 i.V.m. § 42 I BGB

3) § 213 KO i.V.m. § 50 II ZPO

eine weitere Tätigkeit erforderlich, nämlich zur Abwicklung der noch nicht vollständig durchgeführten Geschäfte mit Dritten, also vor allem zur Gläubigerbefriedigung, und zur Auseinandersetzung der Gesellschafter untereinander. Ein Zusammenfallen von Auflösung und Ende der Gesellschaft ist nur ausnahmsweise möglich, wenn die Auflösung, die Entäußerung und die Verteilung des Gesellschaftsvermögens in einem Akt vorgenommen werden können, also dann nicht, wenn wie bei den juristischen Personen der Schutz der Gläubiger einer sofortigen Vermögensverteilung zwingend entgegensteht ⁴⁾. Ein solches Zusammenfallen kommt daher nur bei den Personengesellschaften in Betracht ⁵⁾. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen bleibt der Gesellschaft nach der Auflösung eine Reihe von Aufgaben, zu deren Erfüllung die Organisation weiterbesteht ⁶⁾.

Die Gesellschaft tritt lediglich in ein neues Stadium, das Abwicklungs- oder Liquidationsstadium ⁷⁾. In diesem Stadium sind sowohl Rechte als auch Pflichten der Gesellschaftsorgane am neuen Zweck, dem Auflösungsziel, zu bemessen. Die an der Gesellschaft Beteiligten haben keine Verpflichtung, noch den früheren Zweck, meist also einen Erwerbszweck, weiter zu verfolgen. So sind etwa die OHG-Gesellschafter nur insoweit noch

4) § 51 BGB; § 272 AktG; § 73 GmbHG; § 90 GenG

5) BAUMBACH-DUDEN § 131, Anm. 1

6) STAUB Art. 242, § 2; HUECK S. 341; WÜRDINGER S. 211; BAUMBACH-HUECK GmbHG; Üb.v. § 60, Anm. 2 B

7) Der Ausdruck "Abwicklung" erscheint geeigneter, da er das Wesentliche, nämlich die Durchführung der noch anfallenden Geschäfte und die Entflechtung der durch die Organisation der juristischen Person oder durch die Gesamthand bestehenden Bindungen herausstellt. Auf das "Liquidieren", das Flüssigmachen des Vermögens, kommt es dabei nicht charakteristisch an. Es wäre durchaus eine Naturalabwicklung denkbar. Allerdings sind gerade bei juristischen Personen im Interesse einer leichteren Durchschaubarkeit für die Gläubiger strengere Formen der Abwicklung und damit im Normalfalle die Liquidatierung erforderlich. Gegen den Begriff "Abwicklung": BAUMBACH-DUDEN § 145, Anm. 1 C.

verpflichtet, Beiträge zu erbringen, als es zum Zwecke der Liquidation, also etwa zur Tilgung der Gesellschaftsschulden, erforderlich ist ⁸⁾. Auch die Abwickler einer Aktiengesellschaft können rückständige Einlagen nur noch einfordern, wenn es die Gläubigerbefriedigung erfordert ⁹⁾; eine Kapitalerhöhung ist ebenfalls nur noch zu Abwicklungszwecken möglich ¹⁰⁾. Wettbewerbsverbote, wie die des § 112 HGB, entfallen, es sei denn, auch die Liquidationsgesellschaft wird durch die Wettbewerbshandlungen beeinträchtigt ¹¹⁾.

Auch der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis der Liquidatoren richtet sich nach dem Abwicklungszweck. Dabei bleibt jedoch vom früheren Gesellschaftszweck insofern etwas zurück, als auch die Abwicklung so stattzufinden hat, daß den Anfallsberechtigten möglichst viel ausbezahlt wird ¹²⁾. Deshalb ist nicht nur die einfache Beendigung der Geschäfte zulässig; vielmehr wird es häufig im Interesse der besten Verwertung des Gesellschaftsvermögens erforderlich sein, auch neue Geschäfte abzuschließen. Die bei den meisten Gesellschaftsformen gesetzlich vorgesehene Zulassung der zur Beendigung schwebender Geschäfte erforderlichen neuen Geschäfte ist nach hM zu eng ¹³⁾. Es handelt sich lediglich um einen Sonderfall, eine beispielhafte Heraushebung eines Unterfalles der weiterhin zur besten Verwertung des Gesellschaftsvermögens zulässigen neuen Geschäfte ¹⁴⁾. Bei der Schaffung des neuen Aktiengesetzes von 1965 wurde diese Meinung durch die Auslassung des Zusatzes "zur Beendigung schwebender Geschäfte "

8) RG 45/155

9) WÜRDINGER S. 212

10) BGHZ 24/286

11) RG JW 38/3184; ihm folgend: HUECK S. 482

12) LANG-WEIDMÜLLER § 83, Anm. 1

13) § 149 S.1, 2. Halbsatz; HGB; § 70 S.2 GmbHG; § 88 S.2 GenG

14) RGZ 72/210; BGH v.26.1.59 LM § 149; HUECK S.495; BAUMBACH-DUDEN §§ 149/151, Anm. 2E1; BAUMBACH-HUECK GmbHG § 70, Anm.5; LANG-WEIDMÜLLER § 88 Anm.1; MEYER-MEULENBERGH § 88, Anm.1

bei der Zulassung der neuen Geschäfte in § 268 I S.2 AktG durch den Gesetzgeber bestätigt. Nicht zulässig sind hingegen Geschäfte, die nicht der Erhaltung des vorhandenen Vermögens und seiner Umsetzung in Geld dienen, sondern einen neuen Erwerb darstellen ¹⁵⁾. Daneben sind aber die Fortsetzungsmöglichkeiten zu berücksichtigen. Wird ein ordnungsgemäßer Fortsetzungsbeschluß gefaßt, so nimmt die Gesellschaft ihren früheren Zweck wieder an. Als Minus gegenüber diesem Beschluß, muß die Gesellschaft aber auch - wenn eine solche Fortsetzungsmöglichkeit besteht - in der Lage sein, vorläufige, die Fortsetzung vorbereitende Maßnahmen sowie einzelne werbende Geschäfte durch die für den Fortsetzungsbeschluß zuständigen Organe in der dafür vorgeschriebenen Form zu beschließen. Diese Beschlüsse modifizieren die Rechte und Pflichten der Organe entsprechend.

b) Umfang der Vertretungsmacht der Liquidatoren

Hinsichtlich der Vertretungsmacht der Liquidatoren im Außenverhältnis ist aus Gründen des Verkehrsschutzes eine Erweiterung gegenüber der Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis zu verzeichnen ¹⁶⁾.

aa) Personengesellschaften

Bei den Personengesellschaften ist die Vertretungsmacht der Liquidatoren nach § 149 S.2 HGB auf ihren Geschäftskreis beschränkt ¹⁷⁾. Es ist aber zu bedenken, daß für einen Außenstehenden - zumal es neben dem objektiven Inhalt des Geschäftes, also der tatsächlichen Liquidationsförderung, auch auf den

15) BAUMBACH-HUECK AktG, Üb.v. § 262, Rz.4, § 268, Rz.7;
WÜRDINGER S. 214

16) HUECK S. 495

17) BAUMBACH-DUDEN §§ 149/151, Anm. 3 A

Willen der Liquidatoren im konkreten Fall ankommt ¹⁸⁾ - meist nicht feststellbar, ob ein Geschäft in den Geschäftsbereich der Liquidatoren fällt oder nicht. Im Interesse der Erleichterung des Geschäftsverkehrs ist daher anerkannt, daß der Geschäftspartner davon ausgehen darf, daß es sich bei dem mit den Liquidatoren abgeschlossenen Geschäft um ein Liquidationsgeschäft handelt ¹⁹⁾. War für ihn nicht erkennbar, daß es sich tatsächlich nicht um eines handelte, muß es die Gesellschaft gegen sich gelten lassen. Darüberhinaus wird man mit Bezug auf werbende Geschäfte, die als solche auch für den Geschäftspartner erkenntlich sind, bei günstigen, die Liquidationsdividende vermehrenden Geschäften im allgemeinen eine stillschweigende Genehmigung durch die persönlich haftenden Gesellschafter ²⁰⁾ annehmen können. Es ist also eine sehr breite Basis für die Vertretungsmacht der Liquidatoren gegeben.

bb) Aktiengesellschaft

Das neue Aktiengesetz von 1965 geht noch weiter in Richtung des Verkehrsschutzes. Während im Aktiengesetz des Jahres 1937 in § 210 I, S.1, ebenso wie bei den Personengesellschaften die Vertretungsmacht der Liquidatoren auf ihren Geschäftskreis beschränkt war, enthält der neue § 269 I AktG diese Einschränkung nicht mehr. Den Abwicklern wurde also eine unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht zuerkannt, wie sie vor der Auflösung der Vorstand innehat. Nur dann, wenn Dritte nachweisbar bei Vornahme des Geschäfts vom Mißbrauch der Vertretungsmacht durch die Abwickler wußten, kann ihnen der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ent-

18) HUECK S. 495; DÜRINGER-HACHENBURG § 149, Anm.6; WEIPERT § 149, Anm.6; SCHLEGELBERGER § 149, Rz. 16

19) Zur Prüfungspflicht des Geschäftspartners: HUECK S.495

20) Diese sind bei den Personengesellschaften für den Fortsetzungsbeschluß zuständig; BAUMBACH-DUDEN § 131, Anm. 1 C

gegengesetzt werden ²¹⁾.

cc) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Das GmbH-Gesetz enthält keine die Vertretungsmacht der Abwickler ausdrücklich beschränkende Vorschrift. Bis zum Inkrafttreten des neuen Aktiengesetzes hatte man jedoch in Anlehnung an § 210 I AktG a.F. ebenfalls eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf Liquidationsgeschäfte angenommen ²²⁾. Mit der Änderung des Aktiengesetzes ist die Basis für diese Analogie entzogen. Die Beschränkung könnte man aber daraus folgern, daß im Gegensatz zur Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer ²³⁾ die Möglichkeit der Beschränkung bei den Liquidatoren nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Diesem Umkehrschluß ist jedoch nicht zu folgen. Die Unmöglichkeit der Beschränkung der Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter vonwerbenden Handelsgesellschaften dient der Verkehrssicherheit und der Erleichterung der Geschäftsbeziehungen. Den Geschäftspartnern soll die für sie äußerst schwierige und umständliche Nachprüfungspflicht erspart werden. Diese Unmöglichkeit der Beschränkung liegt auch im Interesse der Gesellschaften, weil Dritte leichter bereit sind, mit ihnen Geschäftsverkehr aufzunehmen, wenn sie dieser nur schwer zu erfüllenden Pflicht nicht nachkommen müssen. Diese Argumente treffen auch auf die Abwicklungsgesellschaft zu; auch dort ist die Gesellschaft auf den Geschäftsverkehr mit Außenstehenden und damit auf rechtliche Voraussetzungen angewiesen, die die Bereitschaft hierzu beim Publikum fördern. Diese Argumente führten zur Neuregelung des Aktiengesetzes ²⁴⁾. Bei der GmbH ist die Interessenlage identisch. Es besteht also kein Be-

21) BAUMBACH-HUECK AktG § 82, Rz. 13, § 269, Rz. 3

22) BAUMBACH-HUECK GmbHG § 68, Anm. 1 B

23) § 37 II GmbHG

24) Begründung des RegEntwurfes eines AktG, S. 211

dürfnis, eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Liquidatoren in das GmbH-Recht hineinzuiinterpretieren, die weder im GmbH-Gesetz ausdrücklich vorgesehen noch im verwandten Aktienrecht zu finden ist. Eine gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehene Verschiedenheit zwischen den beiden großen Kapitalgesellschaften, die nicht durch ihre jeweiligen Eigenheiten gerechtfertigt wäre, würde zu erheblicher Verwirrung im Rechtsverkehr führen. Es ist daher davon auszugehen, daß auch den Abwicklern einer GmbH eine unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht zusteht ²⁵⁾.

dd) Genossenschaften

Die Lage im Genossenschaftsgesetz entspricht der im GmbH-Gesetz. Die Vertretungsmacht der Liquidatoren wird nicht ausdrücklich auf ihren Geschäftskreis beschränkt ²⁶⁾. Auch hier glaubte man jedoch zu einer Beschränkung kommen zu können, da ansonsten eine nicht vorgesehene Fortsetzung erreicht würde ²⁷⁾. Auch bei den anderen Gesellschaftsformen geht es aber bei der hier interessierenden Frage nur um Fälle, wo eine Fortsetzung entweder überhaupt nicht vorgesehen ist oder jedenfalls nicht beschlossen ist. Den Genossen und sonstigen Personen, die an der Auflösung der Genossenschaft ein beachtenswertes Interesse haben, stehen ebenso wie den Aktionären und den Gesellschaftern der GmbH interne Schutzmöglichkeiten durch die Bestellung und Abberufung der Liquidatoren sowie durch eventuelle Schadensersatzansprüche zu. Wesentliche Unterschiede zu den bereits behandelten sonstigen juristischen Personen des Handelsrechts, die eine unterschiedliche Behandlung in dieser Fragerechtfertigen würden, sind nicht festzustellen.

25) BAUMBACH-HUECK § 68, Anm. 1E

26) § 88 GenG

27) MEYER-MEULENBERGH § 88, Anm. 3; NAGEL § 88, Anm. 2

Die Abwicklungsgesellschaften des Handelsrechts, vor allem die der juristischen Personen können also im Außenverhältnis im wesentlichen dieselben Geschäfte abschließen wie die werbenden Gesellschaftsformen.

c) Übergang der Vertretungsmacht auf die Liquidatoren

Im Außenverhältnis zu beachten sind jedoch Änderungen der personellen Besetzung der Geschäftsführungs- und Vertretungsorgane. Mit der Auflösung treten die Liquidatoren an die Stelle der früher Vertretungsberechtigten. Zwar muß dies nicht unbedingt zu einer personellen Änderung führen, da die früher Vertretungsberechtigten auch als Liquidatoren bestimmt werden können. Die Gesellschaftsgesetze sehen jedoch vor, daß bereits in der Satzung eigene Liquidatoren vorgesehen sein können, die nicht mit den sonst Vertretungsberechtigten identisch sind ²⁸⁾. Wie aus den ausdrücklichen Hinweisen zu entnehmen ist, gehen die Gesetze außerdem davon aus, daß recht häufig eine Bestellung der Abwickler durch besonderen Beschluß stattfinden wird. Diese vermutete Änderung der personellen Besetzung der geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Organe beruht darauf, daß die Auflösung häufig mit einem Vertrauensschwund in der Gesellschaft und vor allem gegenüber diesen Organen zusammenhängt. Selbst wenn der Vertrauensschwund nicht Grund der Auflösung war, etwa bei der Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters, ist dennoch das frühere Kräftegleichgewicht gestört; das früher verbindende Moment der Erreichung des Gesellschaftszwecks fällt weg. Auch hier ändert sich also im allgemeinen die Grundlage für die Betrauung bestimmter Personen mit der wichtigen Position der Vertretungsberechtigten.

Diese Änderung der Vertrauensbasis ist auch der Grund für die Tendenz der Umänderung von Einzelvertretungsbefugnissen

28) § 146 I HGB; § 265 II AktG; § 66 I GmbHG; § 83 I GenG

zur Gesamtvertretung. Dies ist besonders augenfällig bei den Personengesellschaften, bei denen vor der Auflösung die Einzelvertretung die Regel ist, während nachher von der Gesamtvertretung auszugehen ist ²⁹⁾. Aber auch bei den Kapitalgesellschaften muß man diese Tendenz berücksichtigen. Zwar ist hier schon bei der werbenden Gesellschaft die Gesamtvertretung die gesetzliche Regel. Aus den angeführten Gründen wird man jedoch die satzungsmäßige Anordnung der Einzelvertretung durch die Vorstandsmitglieder ³⁰⁾ nicht ohne weiteres auf die Liquidatoren erstrecken dürfen, selbst dann nicht, wenn es sich um dieselben Personen handelt. Vielmehr wird man zum Schutze der Gesellschaft ein Abweichen von der Gesamtvertretung nur dann annehmen dürfen, wenn dies ausdrücklich auch für die Abwickler vorgesehen ist ³¹⁾.

2. Besonderheiten der Auflösung durch den Konkurs

a) Abgrenzung von Konkurs- und Liquidationsverfahren

Bei der Auflösung durch den Konkurs ergibt sich die Besonderheit, daß der Gesellschaft - wie jedem Gemeinschuldner - die Verwaltung über das bei Konkurseröffnung vorhandene, der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen ³²⁾ entzogen und vom Konkursverwalter unter Beachtung der Konkursvorschriften zur Befriedigung der Gläubiger verwendet wird. Das sonst bei der Auflösung vorgesehene Liquidationsverfahren wird verdrängt ³³⁾. Dies könnte dazu verleiten, im

29) § 125 I, II HGB gegenüber § 150 I HGB

30) § 78 II AktG; § 35 II GmbHG; § 25 I GenG

31) § 269 II AktG; § 67 II GmbHG; § 85 I GenG

32) § 1 KO

33) § 145 I HGB; § 264 I AktG; § 66 I GmbHG; Stellung der Konkursvorschriften im GenG

Konkursverfahren eine Form des Liquidationsverfahrens zu sehen, das sich vom sonstigen Liquidationsverfahren lediglich dadurch unterscheidet, daß es wegen des vordringlichen Gläubigerschutzes einer besonders strengen Regelung unterliegt³⁴⁾. Den freiwilligen, außerhalb dieses Zwangsverfahrens zuständigen Organen der Gesellschaft könnten zwar auch dann vereinzelte Rechte, und zwar einerseits zum Schutz gegen das Zwangsverfahren insgesamt oder einzelne von den Organen dieses Verfahrens vorgenommene Handlungen³⁵⁾ und andererseits zur Vorbereitung der Fortsetzung, zustehen. Auch die Pflichten des Gemeinschuldners im Konkursverfahren - wie die Erklärungs- und Auskunftspflicht nach § 141 KO, die Residenzpflicht nach § 100 KO und die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides nach § 124 KO - könnten sinnvollerweise nicht vom Konkursverwalter wahrgenommen werden, sondern müßten den früheren Organen obliegen, da nur so ihr Zweck erfüllt werden kann, den Konkursorganen Aufschluß über die Vermögensverhältnisse der gemeinschuldnerischen Gesellschaft zu verschaffen³⁶⁾. Die Geschäftsführung und die Vertretung nach außen müßten aber - vorbehaltlich eines Fortsetzungsbeschlusses - ausschließlich vom Konkursverwalter wahrgenommen werden.

Dieses Verständnis des Konkurses als ein bloßes Mehr gegenüber dem Liquidationsverfahren entspricht jedoch nicht dem deutschen Recht, das dem Konkurs einen genau umrissenen Tätigkeitskreis zuweist, der nicht alle bei der Auflösung einer Gesellschaft durch Konkurseröffnung eventuell auftretenden Aufgaben deckt.

34) so SOERGEL-SIEBERT § 42, Rz.2; vgl. auch Schweiz: u.S.

35) vor allem: Sofortige Beschwerde gegen die Konkurseröffnung nach § 109 KO

36) Bei der richtigen Betrachtung des Konkurses als ein aliud, nicht ein plus, zum Liquidationsverfahren wird man außerdem dazu kommen, daß auch neuen, erst mit oder nach Konkurseröffnung bestellten Organen gewisse Gemeinschuldnerpflichten obliegen (vgl. dazu u.S. 40f).

aa) Nach Gläubigerbefriedigung verbleibendes Vermögen

Zweck des Konkurses ist lediglich die Gläubigerbefriedigung. Verbleibt nach Erfüllung dieser Aufgabe noch Vermögen, so hat der Konkursverwalter mangels gesetzlicher Grundlage keine Befugnis zu einer weiteren Verwaltung des Gesellschaftsvermögens und zur Verteilung des Überschusses an die Gesellschafter oder sonstigen Anfallsberechtigten, und zwar auch dann nicht, wenn die Gesellschaft keinen Fortsetzungsbeschluß faßt ³⁷⁾. Während die Abwicklung die Gesellschaft - vorbehaltlich eines Fortsetzungsbeschlusses - notwendig zu Ende führt, wird dies der Konkurs als Nebenprodukt zwar oft erreichen, weil im Normalfalle das Vermögen nicht einmal für die Gläubigerbefriedigung ausreicht. Es ist jedoch nicht sein Zweck oder seine Aufgabe.

bb) Konkursfreies Vermögen

Außerdem erfaßt der deutsche Konkurs nicht das gesamte Gemeinschuldnervermögen, sondern kennt drei Gruppen von Einschränkungen. Ausgenommen vom Konkursbeschlagnahme sind nach § 1 KO das der Zwangsvollstreckung nicht unterliegende Vermögen, der Neuerwerb sowie vom Konkursverwalter freigegebene Gegenstände.

aaa) Der Zwangsvollstreckung nicht unterliegendes Vermögen

Der Zwangsvollstreckung nicht unterliegendes Vermögen wird bei einer Gesellschaft regelmäßig nicht vorhanden sein, weil die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung nach §§ 811, 812, 850 und 850a - i ZPO für natürliche Personen geschaffen wurden und auf juristische Personen und auch auf Personengesellschaften nicht zutreffen. Doch kann auch eine Gesellschaft Subjekt

37) HRR 37/15; WÜRDINGER S.210; LANG-WEIDMÜLLER § 101, Anm.1

unübertragbarer und somit nach § 851 I ZPO unpfändbarer Rechte, z.B. des Vorkaufsrechtes nach § 514 BGB, sein ³⁸⁾. Diese werden auch vom Gesellschaftskonkurs, der insofern keine Sonderregelung gegenüber sonstigen Konkursen kennt, nicht erfaßt ³⁹⁾.

bbb) Neuerwerb

Die Möglichkeit eines Neuerwerbs wird teilweise völlig bestritten ⁴⁰⁾ und teilweise auf einzelne Fälle beschränkt, wie z.B. auf den Erwerb durch Verfügung von Todes wegen ⁴¹⁾, durch Schenkung und durch nachträgliche Leistung von Gesellschaftern, die nicht schon bei Konkurseröffnung gefordert werden konnten, sondern auf Grund von nachträglich zur Vorbereitung der Fortsetzung oder eines Zwangsvergleiches gefaßten Beschlüssen erbracht werden ⁴²⁾. Aus der Konkursordnung folgt keine Beschränkung des Neuerwerbs. Ihr ist lediglich der Umfang der Konkursmasse und deren Abgrenzung zum Neuerwerb zu entnehmen. So muß etwa aus ihr gefolgert werden, daß durch den Weiterbetrieb eines zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen Geschäftes erworbenes Vermögen zur Konkursmasse gehört, weil das Geschäft Teil der Konkursmasse ist und für sie weiterbetrieben wird ⁴³⁾. Dagegen ist einhellige Meinung, daß die Konkursordnung Neuerwerb durch den Gemeinschuldner weiterhin zuläßt. Grund hierfür ist, daß dem Gemeinschuldner durch die Zulassung des Neuerwerbs und seine

38) WIESNER S.350;
aa KG JW 37/716; WIECZOREK § 811, Anm.6 IV b

39) LEHMANN S.91; BETT S.45; aa KLEINFELLER Lehrbuch S.164

40) KLEINFELLER Lehrbuch S. 164

41) WEBER KTS 70/79

42) ROBRECHT DB 68/472, linke Spalte

43) LEHMANN S.91

Nichtunterwerfung unter die Konkursmasse ermöglicht werden soll, schon während des Konkursverfahrens sich eine neue Existenz aufzubauen ⁴⁴⁾. Für Gesellschaften enthält die Konkursordnung bezüglich des Neuerwerbs keine Sondervorschriften.

Ein Verbot des Neuerwerbs müßte sich also aus dem Umstand der Auflösung ergeben. Wie wir gesehen haben, dürften im Zustand der Auflösung neue Geschäfte nur zur vorteilhaftesten Verwertung des bei der Auflösung vorhandenen Vermögensbestandes geschlossen werden ⁴⁵⁾. Diese Aufgabe obliegt jedoch während des Konkursverfahrens dem Konkursverwalter. Da eine Fortsetzung erst nach Konkursende und auch dann nur unter besonderen Umständen, nämlich bei Aufhebung des Konkurses nach Abschluß eines Zwangsvergleiches oder bei Einstellung des Verfahrens auf Antrag des Gemeinschuldners nach § 202 KO, möglich ist ⁴⁶⁾, würde dies nach den vorher erarbeiteten Grundsätzen bedeuten, daß auch ein einzelnes auf Neuerwerb abzielendes Geschäft nicht zulässig ist. Dies würde dazu führen, daß allenfalls Neuerwerb durch

44) JÄGER-LENT § 14, Anm.1; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 14, Anm.1

45) s.o.S.16f., B I 1 a

46) § 144 I HGB (zu weiteren Fortsetzungsmöglichkeiten bei den Personengesellschaften, vgl. BAUMBACH-DUDEN § 131, Anm.4; § 274 II Z.1 AktG; § 60 Z.4 GmbHG)

Bei den Genossenschaften wird jegliche Fortsetzungsmöglichkeit bei der Auflösung durch den Konkurs überwiegend abgelehnt (MEYER-MEULENBERGH § 115e, Anm.9; LANG-WEIDMÜLLER § 115e, Anm.11). Sie ist jedoch mit WALLENFELS (JW 34/1147) in Anlehnung an die übrigen juristischen Personen zu bejahen. Für genügenden Schutz der neuen Gläubiger in ihrem Vertrauen auf die Haftsumme wird dadurch gesorgt, daß mit der Fortsetzung der Genossenschaft zugleich die Wiedereinsetzung der früheren Haftsumme beschlossen werden muß und damit die Berufung auf § 141 GenG hinsichtlich des bisher geleisteten Einschusses ausgeschlossen wird. Diese Wiedereinsetzung ist möglich und auch nicht außergewöhnlich, sondern auch beim Fortsetzungsbeschluß nach § 79a GenG erforderlich (MEYER-MEULENBERGH § 79a, Anm.8; LANG-WEIDMÜLLER § 79a, Anm.3).

Verfügung von Todes wegen, da hierzu kein Tätigwerden der Gesellschaft erforderlich ist, oder durch Geschäfte, die für die Gesellschaft nach den Gutgläubensvorschriften oder den Grundsätzen über die Erweiterung der Vertretungsmacht verbindlich sind ⁴⁷⁾, möglich ist. Schon aber eine Schenkung, die eine Annahme des Schenkungsangebotes durch den Beschenkten erfordert ⁴⁸⁾, wäre ausgeschlossen.

Ein solches Ergebnis würde jedoch der Interessenlage im Konkurs nicht gerecht. Die Auflösung bereits bei Konkurseröffnung soll dem Schutz der Gesellschafter dienen. Diese sollen bereits zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zur Verfolgung des früheren Gesellschaftszweckes in einer Organisation verpflichtet sein, für deren Ungeeignetheit die Konkurseröffnung in erheblichem Maße spricht. Da diese Ungeeignetheit als der Regelfall anzusehen ist, wird nicht einmal eine fristlose Kündigung, die man sonst wohl für gerechtfertigt halten müßte ⁴⁹⁾, verlangt, sondern die Auflösung tritt ipso iure ein. Sind die Gesellschafter aber trotzdem zur Fortsetzung generell oder auch nur zu einer teilweisen - durch Vornahme eines einzelnen verbenden Geschäfts - bereit, so stehen geschützte Interessen anderer nicht entgegen. Durch einen Neuerwerb kann nämlich die Position der Konkursgläubiger, um die es ja beim Konkursverfahren in erster Linie geht, nicht verschlechtert, sondern allenfalls ver-

47) Allerdings können solche Geschäfte meist leicht durch Aufhebung rückgängig gemacht werden, da im Normalfalle der Geschäftspartner kein Interesse haben wird, an dem Geschäft festzuhalten.

48) LARENZ, Schuldrecht II, § 43 I, S.121; PALANDT Einl.v. § 516, Anm.1

49) Zur Eignung der fristlosen Kündigung als weitere Lösungsmöglichkeit für den Gesetzgeber: Vgl. MÜLLER S.18; Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung (Reichstagsdruck Nr. 200 der 2.Legislaturperiode, II.Session, 1874, S.447 f)

bessert werden. Was den alten Vermögensstand betrifft, so kann er durch Neugeschäfte des Gemeinschuldners nicht beeinträchtigt werden ⁵⁰⁾. Das vom Neuerwerb unabhängig laufende Konkursverfahren wird hierdurch nicht verzögert oder sonst betroffen. Ein Neuerwerb kann für sie nur positiv sein, da der Gemeinschuldner dieses Vermögen zu ihrer Befriedigung verwenden kann. Außerdem kann es Gegenstand eines Zweitkonkurses sein ⁵¹⁾ oder nach Abschluß des Konkursverfahrens auf dem Wege der Einzelzwangsvollstreckung zu ihrer Befriedigung herangezogen werden.

Die Berührung der Interessen Dritter ist jedenfalls bei Neuerwerb durch Schenkung oder durch Einzahlung von nachträglich beschlossenen Einlagen oder Kapitalerhöhungen nicht betroffen ⁵²⁾. Aber auch die Zulässigkeit von sonstigen Geschäften ist - soweit sie nur vom Gesellschafterwillen getragen werden - unbedenklich. Für die Konkursgläubiger können sich auch hier keine Nachteile ergeben, da eventuelle Gegenforderungen der Geschäftspartner der gemeinschuldnerischen Gesellschaft nicht Konkursforderungen sind ⁵³⁾. Allenfalls der Schutz der Geschäftspartner könnte entgegenstehen. Ein solcher Schutz ist aber jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn diese wissen, daß sie mit einer konkursbefangenen Gesellschaft kontrahieren. In den übrigen Fällen wird ausreichender Schutz durch die Publikationsvorschriften im Konkurs und durch die Anfechtungsvorschriften des BGB gewährleistet ⁵⁴⁾. Neugeschäfte können also immer dann geschlossen

50) §§ 3, 7 KO

51) JÄGER-LENT § 1, Anm.63; MENTZEL-KUHN § 1, Anm.9; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 1, Anm.10

52) SCHOLZ § 63, Anm.13; HACHENBURG § 63, Anm.15; JÄGER-LENT § 1, Anm.63; ROBRECHT DB 68/472

53) § 3 I KO

54) §§ 119 II, 123 BGB

werden, wenn sie vom Willen der Gesellschaft getragen werden. Eine weitere Voraussetzung, wie etwa die Zielrichtung auf die Ermöglichung eines Zwangsvergleichs, ist nicht erforderlich⁵⁵⁾.

ccc) Freigabe von Vermögenswerten durch den Konkursverwalter

Konkursfreies Vermögen kann auch durch die Freigabe von Gegenständen der Konkursmasse durch den Konkursverwalter entstehen. Während für natürliche Personen diese Möglichkeit anerkannt ist, wenn Vermögensgegenstände für die Konkursmasse unverwertbar sind oder von der Verwertung ein Gewinn für die Masse nicht zu erwarten ist, wird dies bei Gesellschaften gelegentlich bestritten⁵⁶⁾. Einwände könnten wiederum nur unter dem Gesichtspunkt der Auflösung gerechtfertigt sein. Wie wir aber schon erkannt haben, spricht diese nicht unbedingt gegen den Erwerb konkursfreien Vermögens. Bedenken bestehen lediglich in Fällen, in denen es sich um die Freigabe von streitigen Forderungen handelt, die erst noch gerichtlich durchgesetzt werden müssen. Die Prozeßkosten treffen dann nämlich nicht die Konkursmasse, sondern sind in vollem Umfange Neuschulden. Die Begleichung

55) so JÄGER-WEBER § 207, Rz.28 (Anders wäre die Lage nur bei den Genossenschaften, wenn man mit der hM - s.o.S.28, Fn.46 - davon ausgeht, daß keine Fortsetzung nach Konkursende möglich ist. Unter dieser Voraussetzung wäre ein Neuerwerb nur zur Ermöglichung des nach § 145e GenG zulässigen Zwangsvergleichs bis zur vollen Deckung der Schulden möglich.

56) für die Freigabemöglichkeit auch beim Gesellschaftskonkurs: JÄGER-LENT § 6, Anm.28; dagegen WOLFF KO § 162/4, S.437, § 207/6, S.534; vgl.a. WEBER JZ 63/223, RG 127/200, SYDOW-BUSCH-KRIEG § 207, Anm.4

dieser Schulden ist aber in hohem Maße fraglich 57) 58). Während bei der natürlichen Person im Normalfalle wieder Vermögen durch Arbeitseinkommen erzielt wird, werden Gesellschaften meist mit Konkursende beendet, so daß für die durch den Prozeß entstandenen Kosten jedenfalls bei den juristischen Personen kein Schuldner mehr vorhanden ist. Die Gewährung des Armenrechts nach § 115 I ZPO für die Personengesellschaften 59) und nach § 115 IV ZPO für die juristischen Personen kommt regelmäßig nicht in Betracht, weil der Konkursverwalter nur freigegeben wird, wenn keine hinreichende Erfolgsaussicht besteht. Da die Gesellschaft aber sowohl sonstiges konkursfreies, die Kosten deckendes Vermögen

57) BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 10, Anm.8; PICK KuT 27/19

58) Es ist allerdings auch möglich, daß der Konkursverwalter die Forderung nur zur Geltendmachung freigibt, die Konkursmasse aber für die Kosten aufkommt und der Ertrag an sie abzuliefern ist. In einem solchen Fall hat der BGH (v. 29.5.61; JZ 63/222) das erforderliche Eigeninteresse der Gesellschaft an einer Geltendmachung verneint, weil juristische Personen im Regelfall nach dem Konkurs nicht weiterbestünden. Es sei ihr also gleich, ob eine Forderung beigetrieben würde oder nicht. Abgesehen davon, daß der Untergang nicht zwingend ist, sondern die Entscheidung darüber erst nach Konkursende zu fällen ist, ein Eigeninteresse also auch im Hinblick auf die Fortsetzung vorliegen kann, wird man auch davon ausgehen müssen, daß die Gesellschaft wie jeder Gemeinschuldner selbst an einer möglichst hohen Gläubigerbefriedigung interessiert ist oder es zumindest sein sollte. Selbst wenn sie nichts mehr davon hat, weil sie nicht fortgesetzt wird, wird man den Willen zur Geltendmachung von Forderungen, um so ihrer Pflicht, ihre Schulden zu tilgen, wenigstens so gut wie möglich nachzukommen, als im eigenen Interesse liegend anerkennen müssen. Ebenso wie einer natürlichen Person viel daran gelegen sein kann, alle ihre Schulden vor dem Tode getilgt zu haben, wird man auch ein vergleichbares Interesse einer juristischen Person oder vielmehr der hinter ihr stehenden natürlichen Personen an einer Schuldentilgung vor Beendigung der Gesellschaft nicht als rechtlich unbeachtlich erklären können.

59) BGH NJW 54/1933

haben kann als auch die Beendigung der Gesellschaft nicht zwingend ist, stehen einer Prozeßaufnahme durch die Gesellschaft keine unüberwindlichen Hindernisse entgegen. Es handelt sich lediglich um eine Frage der Sicherheit; die Bestimmung einer Sicherheitsleistung nach § 108 I ZPO ist hier wohl unbedingt erforderlich, das dem Gericht übertragene Ermessen auf Null reduziert ⁶⁰⁾. Da diese Sicherheit sehr oft nicht geleistet werden kann, wird auch die Geltendmachung dieser freigegebenen Forderungen nur selten in Frage kommen. Dies ändert aber nichts an der Möglichkeit der Freigabe und damit an der Entstehung von konkursfreiem Vermögen, da der Konkursverwalter lediglich zu prüfen hat, ob die für die Freigabe in Betracht kommenden Positionen für die Masse wertlos sind. Nirgends wird dagegen gefordert, daß eine Freigabe weiterhin voraussetzt, daß sie für den Gemeinschuldner einen tatsächlichen Vorteil bringt. In der Regel wird es sogar so sein, daß die freigegebenen Gegenstände für ihn genauso wertlos sind wie für die Konkursmasse.

b) Die Organisation der Gesellschaft während des Konkurses

Auch während des Konkurses verbleiben also der gemeinschuldnerischen Gesellschaft eine Reihe von Aufgaben. Damit stellt sich die Frage, wer sie von den an der Gesellschaft Beteiligten wahrzunehmen hat.

aa) Juristische Personen

In der Konkursordnung findet sich in diesem Zusammenhang lediglich die ausdrückliche Bestimmung des § 208 KO, der

60) Auch bei Konkursen natürlicher Personen wird eine Sicherheitsleistung oft angezeigt sein, denn es besteht die Gefahr, daß sich ein Gemeinschuldner nach Konkursende "pfändungsfrei" einrichtet.

vorsieht, daß jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator berechtigt ist, die Konkursöffnung zu beantragen ⁶¹⁾. Diese Regelung kann aber nicht auf alle noch zu erfüllenden Funktionen ausgedehnt werden. Dies ergibt sich schon aus dem Vergleich mit den Personengesellschaften, die in § 210 KO eine ähnliche Regelung für den Eröffnungsantrag haben, bei denen jedoch im § 211 KO für den Zwangsvergleichsvorschlag die Befürwortung durch alle persönlich haftenden Gesellschafter gemeinsam gefordert wird. Der Grund für die Einzelberechtigung beim Antrag liegt in dem gerade bei juristischen Personen in den Vordergrund gestellten Interesse an einer möglichst rechtzeitigen Konkursöffnung. Für die Gläubiger wird es oft schwerer als für die Organe des Schuldners sein, zu erfahren, daß die Konkursvoraussetzungen gegeben sind. Wegen der besonderen Gefährlichkeit der Insolvenz bei den juristischen Personen auf Grund des Fehlens der persönlichen Haftung versucht man mit dieser Ausweitung der Antragsbefugnis genauso wie mit der Verpflichtung zur Antragsstellung ⁶²⁾ möglichst frühzeitig zu einer umfassenden Gläubigerbefriedigung zu gelangen. Das Erfordernis eines Antrages in der für Geschäftsführungshandlungen erforderlichen Form, also im Regelfalle durch alle Mitglieder des Vorstandes ⁶³⁾, würde diesem Ziel entgegenstehen. Diese Regelung beruht also auf den Besonderheiten dieser speziellen Aufgabe und nicht auf einem für das gesamte Konkursverfahren sowie für die neben dem Konkursverfahren noch anfallenden Aufgaben zutreffenden Grundgedanken. Diese Sonderregelung ist nach allgemeiner Ansicht nicht analog auf sämtliche verbleibende Aufgaben anzuwenden, vielmehr wird ebenso wie bei einer

61) für die GmbH: § 63 II GmbHG; für die Genossenschaften:
§ 100 GenG; für sonstige konkursfähige Organisationen:
§ 213 KO

62) §§ 42 II, 48 II, 53, 86, 88, 89 II BGB für die juristischen Personen des BGB; §§ 92 II, 268 II, 278 III, 283 Nr. 14 AktG für die AG; §§ 64, 71, 84 GmbHG für die GmbH; §§ 99, 118, 140, 148 GenG für die Genossenschaften

63) s.o.S. 24, Fn. 30

Auflösung aus anderen Gründen die Organisation nicht zerstört, sondern bleibt für die noch zu erledigenden Aufgaben erhalten ⁶⁴⁾. Bei den Grundentscheidungen, wie z.B. bei den Entscheidungen über eine eventuelle Fortsetzung der Gesellschaft nach Konkursende, über den Zwangsvergleichsvorschlag, die Firmenänderung und die Beibehaltung oder die Ersetzung von Mitgliedern des Aufsichtsrates und des geschäftsführenden Organs, werden deshalb die Gesellschafterversammlungen tätig ⁶⁵⁾. Die Überwachung der Geschäftsführung verbleibt beim Aufsichtsrat. Diese Funktion wird sehr oft gegenstandslos sein, da meist kein konkursfreies Vermögen vorhanden ist und auch kein Überschuß bei Konkursende verbleibt, somit also auch keine Geschäftsführung der Gesellschaft stattfindet. Wie wir aber gesehen haben, ist eine solche nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Soweit die Gesellschaft im zulässigen Rahmen noch Geschäfte führt, bleibt auch der Aufsichtsrat in Funktion und kann etwa ein Mitglied des geschäftsführenden Organs abberufen, wenn es seine Aufgaben nicht entsprechend erfüllt ⁶⁶⁾.

Was die geschäftsführenden Organe betrifft, so haben wir gesehen, daß sich normalerweise bei der Auflösung nicht nur die

64) RGZ 76/246; 127/200; HRR 37/15; STAUB Art.242, § 2; WÜRDINGER S.211; BAUMBACH-HUECK GmbHG Üb.v. § 60, Anm.2B; LANG-WEIDMÜLLER § 101, Anm.1; JÄGER-WEBER §§ 207/8, Anm.10; MENTZEL-KUHN § 207, Anm.8; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 207, Anm.4; WEBER KTS 70/79; SYDOW-BUSCH-KRIEG § 207, Anm.4, RG 81, 336, 119/227, 127/200

65) BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 207, Anm.4; genaue Aufstellungen für die GmbH bei ROBRECHT DB 68/471 ff. und bei SIEGELMANN DB 69/1029 für die übrigen Gesellschaftsformen.

66) ROBRECHT DB 68/472; eine Abberufung der Geschäftsführungsorgane durch die Aufsichtsorgane käme auch dann in Betracht, wenn sie sich weigern, mit Vermögen, das in einem die deutsche Konkurseröffnung nicht anerkennenden Staat belegen ist, ordnungsgemäß zu verfahren. Vgl. dazu u. S. 45, Fn. 92

Art ihrer Tätigkeit wegen der Änderung des Gesellschaftszweckes ändert, sondern auch ein Übergang der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse auf die Liquidatoren eintritt. Ein solcher Übergang wird für die Auflösung durch Konkurs bestritten. Als Begründung hierfür wird angeführt, daß ein Liquidationsverfahren während des Konkurses nicht stattfindet ⁶⁷⁾. Die Liquidatoren seien nur dann geschäftsführungsberechtigt, wenn der Konkurs bereits im Liquidationsstadium eröffnet werde ⁶⁸⁾ oder gleichzeitig einanderer Auflösungsgrund vorliege ⁶⁹⁾. Erst nach Konkursende verwandle sich die Gesellschaft, wenn noch Vermögen vorhanden ist, vorbehaltlich eines Fortsetzungsbeschlusses, in eine Liquidationsgesellschaft; erst zu diesem Zeitpunkt würden die bisher Geschäftsführungsberechtigten durch die Liquidatoren ersetzt ⁷⁰⁾.

Das Problem ergibt sich daraus, daß nirgends im Gesetz gesagt wird, daß mit der Auflösung der Gesellschaft auch die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht der bisher Berechtigten zu Ende geht und dafür die Liquidatoren in der für die Liquidation bestimmten Form an deren Stelle treten. Vielmehr werden die Vorschriften hinsichtlich der Liquidatoren immer im Anschluß an die Regelung des Inhalts der Liquidation gebracht, die ja während des Konkurses nicht stattfindet. Sie können also nicht unmittelbar herangezogen werden. Es fragt sich aber, ob nicht eine Analogie gerechtfertigt ist ⁷¹⁾. Dies

67) RG 76/246; 127/200; WEBER KTS 70/81; GODIN-WILHELMI § 262, Anm.5; SCHMIDT-GOERDELER § 63, Anm.11; BARZ § 203, Anm.26

68) BETT S.32; GOLDSTEIN § 4, Anm.2; WIESNER S.332; LEHMANN S.61

69) KOHLER Lehrbuch S.316

70) BETT S.99

71) so im Ergebnis: MÜLLER, vor allem S.25, für die Personengesellschaften

ist vor allem auch deshalb zu überlegen, weil die gesetzliche Regelung des Gesellschaftskonkurses allgemein nur lückenhaft ist. So ist im Gesetz auch nicht vorgesehen, daß wenigstens im Anschluß an das Konkursverfahren, soweit noch Vermögen übrigbleibt, ein Liquidationsverfahren stattfindet, wie es dennoch von der absolut herrschenden Meinung angenommen wird ⁷²⁾. Es ist darum durchaus denkbar, daß mit dem Ausschluß des Liquidationsverfahrens lediglich klargestellt werden sollte, daß die eigentliche Liquidation, also die Verflüssigung des zum Auflösungszeitpunkt vorhandenen Vermögens, nicht durch Gesellschaftsorgane, sondern durch den Konkursverwalter wahrgenommen wird. Daß daraus auch der Ausschluß der Verdrängung der bisher Geschäftsführungsberechtigten durch die Liquidatoren für die der Gesellschaft noch verbleibenden Aufgaben folgt, ist nicht zwingend. Er wäre dann zu bejahen, wenn die Liquidatoren wegen ihrer besonderen bei der Abwicklung, nicht jedoch bei der normalen Geschäftsführung und auch nicht bei den während des Konkursverfahrens noch verbleibenden Aufgaben erforderlichen Fähigkeiten die Geschäftsführung übernehmen. Dies würde voraussetzen, daß während der Abwicklung Geschäfte zu führen sind, bei denen man auf Grund ihres Umfangs oder ihrer Art nicht ohne weiteres davon ausgehen kann, daß sie von den bisher Geschäftsführungsberechtigten wahrgenommen werden können. Der Geschäftsgang während der Liquidation unterscheidet sich vom üblichen Geschäftsgang, da werbende Geschäfte nur noch vereinzelt geschlossen werden; hauptsächlich werden nur die alten Geschäfte zu Ende geführt. Dies stellt jedoch keinen wesentlichen Unterschied zum früheren Betrieb dar; man kann

72) RG JW 36/335; RG 40/31; BAUMBACH-HUECK AktG § 264, Rz.2; BAUMBACH-HUECK § 60, Anm.5a; BAUMBACH-DUDEN § 145, Anm.1; HUECK S. 383

allenfalls von einem Minus sprechen. Soweit auf Grund des Abwicklungszweckes neue Arten von Geschäften, wie etwa der Verkauf von Produktionsmitteln, anfallen, sind diese jedenfalls nicht so erheblich anders, als daß man nicht im Normalfalle davon ausgehen könnte, daß die bisherigen Geschäftsführer, die die Geschäfte der Gesellschaft am besten kennen, nicht auch diese führen könnten. Die Änderung der Geschäftsführung beruht also nicht auf der Unterschiedlichkeit der zu tätigenen Geschäfte und der deshalb unterschiedlichen Anforderungen an die Geschäftsführer, sondern - wie wir schon oben festgestellt haben - auf dem mit der Auflösung normalerweise eintretenden oder offen zu Tage tretenden Vertrauensschwund ⁷³⁾. Dieser Grund trifft aber in ganz besonderem Maße auf die Auflösung durch den Konkurs zu. Gerade hier ist Grund zur Annahme, daß die Geschäftsführung, unter der die "Katastrophe" eingetreten ist ⁷⁴⁾, versagt hat und der Gesellschafterwille dahingeht, daß ihre Interessen nicht mehr von denselben Personen wahrgenommen werden. Dieser Entzug der Vertrauensbasis tritt nicht erst mit dem Konkursende, sondern bereits mit der Konkurseröffnung ein ⁷⁵⁾. Die Gründe, die für die Änderung der Geschäftsführung im Liquidationsfalle maßgeblich sind, liegen also auch bei der Auflösung durch den Konkurs vor.

73) s.o.S. 23

74) Ausdruck von MEYER-MEULENBERGH § 104, Anm. 1

75) Diese ganz besonders starke Vermutung für einen Vertrauensschwund bei der Auflösung durch den Konkurs hat der Gesetzgeber klar bei den Genossenschaften erkannt, wo nach Konkurseröffnung obligatorisch eine Überprüfung der gesamten personellen Besetzung der Geschäftsführungs- und auch der Aufsichtsorgane in § 100 GenG vorgesehen ist. Vgl. auch die Begründung eines Genossenschaftsgesetzes I S. 172, II S. 113.

Gegen die analoge Anwendung der diesbezüglichen Vorschriften könnte aber sprechen, daß während des Konkurses sowieso die weitaus meisten der sonst bei der Liquidation anfallenden Aufgaben vom Konkursverwalter wahrgenommen werden und deshalb diese Änderung der Geschäftsführung einen zu großen Aufwand bedeuten würde ⁷⁶⁾. Zu bedenken ist aber, daß das Vertrauensverhältnis beim Konkurs in ganz besonderem Maße gestört ist. Auch wenn nur noch wenig Aufgaben verbleiben, so ist doch auch hierfür eine ausreichende Vertrauensbasis erforderlich ⁷⁷⁾. Es wird zwar häufig vorkommen, daß es das zur Bestellung der Liquidatoren zuständige Organ nicht für erforderlich hält, überhaupt über diese Frage zu beschließen, etwa weil keine Fortsetzung und auch nicht die Vornahme einzelner Neugeschäfte ins Auge gefaßt sind und deshalb der Geschäftsführung zu wenig Aufgaben verbleiben, als daß die früheren Geschäftsführungsberechtigten Schaden anrichten könnten. In diesen Fällen wird man davon ausgehen müssen, daß die Gesellschaft die bisherigen Geschäftsführer für die verbleibenden Aufgaben bestätigt hat. Aufgrund Gesetzes oder der Satzung automatisch eintretende Änderungen, die keines weiteren Beschlusses seitens eines Gesellschaftsorganes bedürfen, müssen aber mit der Konkurseröffnung als erfolgt betrachtet werden. Vor allem wird der Eintritt der Gesamtvertretung beachtet werden müssen ⁷⁸⁾.

Allerdings können sich für einzelne im Konkurs zu erfüllende Aufgaben - wie wir es beim Antragsrecht schon gesehen haben -

76) BARZ § 203, Anm.26

77) Auch KOHLER, der nicht vom Eintritt der Liquidationsvertretung ausgeht, hält deshalb eine Überprüfung der personellen Besetzung des Vorstands für angezeigt (Lehrbuch S. 315).

78) Vgl. MÜLLER S.26; SCHLEGELBERGER AktG § 203, Anm.18

Besonderheiten ergeben. So wäre es etwa nicht sinnvoll, lediglich die Liquidatoren der Auskunftspflicht nach § 100 KO zu unterwerfen. Diese Pflicht bezieht sich in erheblichem Umfange auf die frühere Geschäftsführung und die Vermögensverhältnisse bei Konkurseröffnung. Insofern haben die Liquidatoren selbst keine originären Kenntnisse, sondern befinden sich in einer ähnlichen Situation wie der Konkursverwalter, da sie erst über die Geschäftsbücher und die früher geschäftsführenden Organe darüber erfahren müssen. Eine sinnvolle Auslegung dieser Vorschrift erfordert daher, daß bei einem Gesellschaftskonkurs in erster Linie die vor der Konkurseröffnung tätigen Organe - also nur wenn der Konkurs nach der Auflösung eröffnet wird, auch insofern die Liquidatoren - verpflichtet sind. Daneben erfaßt die Auskunftspflicht aber auch nach der Konkurs-eröffnung vorgenommene Geschäfte und das konkursfreie Vermögen. Da insofern die Liquidatoren tätig werden und eigenständige Kenntnisse aufweisen, trifft die Auskunftspflicht auch sie ⁷⁹⁾.

Die Residenz- und Erscheinenspflicht des § 101 KO, die der Durchsetzung der Auskunftspflichten nach §§ 100 und 141 II KO sowie des Offenbarungseides nach § 125 KO dienen ⁸⁰⁾, erstreckt sich entsprechend auf alle bei Konkurseröffnung Geschäftsführungsberechtigten und alle Liquidatoren ⁸¹⁾. Die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides nach § 125 KO trifft jedoch nur die ersteren, da dieser sich nur auf das Inventar der bei Konkurseröffnung vorhandenen Vermögensstücke bezieht. Gleiches gilt für die Verpflichtung

79) MÜLLER S. 28

80) JÄGER-WEBER § 101, Rz.1; MENTZEL-KUHN § 101, Anm.1;
BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 101, Anm.1; MÜLLER S.31

81) MÜLLER S. 27

zur Einreichung der Antragsunterlagen nach § 104 KO ⁸²⁾. Die Erklärungspflicht nach § 141 II KO umfaßt zwei Bereiche: Einerseits geht es um die auch für den Konkursverwalter sehr wichtige Frage, ob eine Forderung bei Konkursöffnung bestanden hat oder nicht. Dafür sind die zu diesem Zeitpunkt Geschäftsführungsberechtigten zuständig. Sie erstreckt sich aber auch auf die Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 144 II KO; dabei handelt es sich um eine reine Geschäftsführungsaufgabe, die jetzt nur noch von den Liquidatoren wahrgenommen werden kann ⁸³⁾. Auch die Erklärungspflicht muß also insofern sie treffen.

Eine Sonderregelung ist auch für das Beschwerderecht gegen die Konkursöffnung zu bejahen. Zwar kann man nicht ohne weiteres die Regelung des § 208 II KO anwenden und automatisch demjenigen, der das Antragsrecht hat, auch das Beschwerderecht geben. Der beim Antragsrecht ausschlaggebende Grund, der bessere Gläubigerschutz, kommt beim Beschwerderecht nämlich nicht zum Tragen ⁸⁴⁾. Jedoch ist zu bedenken, daß man der Gesellschaft, wenn man schon die Erfüllung der Antragsvoraussetzungen so leicht macht, auch zugestehen muß, sich mit einfacheren Mitteln dagegen zu wehren. Deshalb muß auch das Beschwerderecht jedem Liquidator einzeln zustehen. Darüber hinaus müssen aber auch die bei Konkursöffnung ausscheidenden Geschäftsführungsberechtigten den Antrag einzeln stellen können, da sie besser als die Liquidatoren über die Gesellschaftsverhältnisse Bescheid wissen und deshalb innerhalb der für eine Einarbeitung der Liquidatoren recht knappen Wochenfrist ⁸⁵⁾ am leichtesten darüber befinden

82) Vgl. §§ 123, 124 KO; MÜLLER S. 31

83) MÜLLER IV 3, S. 21 ff.

84) MÜLLER S. 20

85) § 109 KO, § 577 ZPO

können, ob eine Beschwerde geboten ist ⁸⁶⁾.

Abgesehen von diesen Sonderregelungen, die durch die Eigenheiten der jeweiligen Gemeinschuldneraufgaben bedingt sind, tritt mit der Konkurseröffnung die übliche Liquidationsgeschäftsführung und -vertretung ein.

bb) Personengesellschaften

Bei den Personengesellschaften wird vertreten, daß der Konkurs die Organisation vollkommen zum Fortfall bringe; anders als bei den juristischen Personen seien Organe zur Wahrnehmung der Gemeinschuldnerrolle nicht erforderlich; Träger der Gemeinschuldnerrolle seien daher in jedem Falle - auch wenn sich die Gesellschaft bereits bei Konkurseröffnung im Liquidationsstadium befunden habe - die persönlich haftenden Gesellschafter ⁸⁷⁾. Für eine eventuelle Auseinandersetzung nach Konkursende oder für die Verwaltung konkursfreien Vermögens bleibe die Organisation allerdings bestehen ⁸⁸⁾. Damit wird aber praktisch die Ansicht aufgegeben, daß sie fortfalle; man kann nicht sagen, die Organisation bestehe einerseits fort, andererseits nicht. Die Aussage der hM reduziert sich also darauf,

86) Im Ergebnis ebenso: RG JW 95/454; JÄGER-WEBER §§ 207/8, Anm.2; MENTZEL-KUHN § 208, Anm.3; für Personengesellschaften JÄGER-WEBER § 210, Anm.11; MENTZEL-KUHN § 209, Anm.10; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 209, Anm.4; aA HELLMANN S 580 f.

87) BGHZ 46/78; JÄGER, OHG-Konkurs S.72, 115; DÜRINGER-HACHENBURG § 144, Anm.5; JÄGER-WEBER §§ 209/10, Anm.21, 39; MENTZEL-KUHN § 209, Anm.10; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 209, Anm.4; aA. MÜLLER S. 15 f.

88) Im Gegensatz zur hM bei den juristischen Personen wird hier der Übergang der Geschäftsführung an die Liquidatoren hinsichtlich des konkursfreien Vermögens schon während des Konkurses anerkannt; so ausdrücklich: BGH NJW 66/51; JÄGER-WEBER §§ 209/10, Anm.18; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 209, Anm.4

daß nach ihrer Ansicht - abgesehen von den angeführten Aufgaben - sämtliche Funktionen, vor allem soweit sie in der Konkursordnung festgelegt sind, von allen persönlich haftenden Gesellschaftern wahrzunehmen sind. Diese Meinung könnte ihre gesetzliche Grundlage in § 211 KO finden, wonach ein Zwangsvergleich nur auf Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden kann. Diese Bestimmung kann jedoch nur als deutliche Ausweisung des Zwangsvergleichsvorschlages als Grundentscheidung aufgefaßt werden, die - wie bei den juristischen Personen den Gesellschafterversammlungen - bei den Personengesellschaften der Gesamtheit der persönlich haftenden Gesellschafter zugewiesen sind ⁸⁹⁾. Ein gemeinsames Vorgehen sämtlicher persönlich haftender Gesellschafter bei anderen, üblicheren Aufgaben - etwa beim Widerspruch nach § 144 II KO - ist jedoch im Interesse der Gesellschafter nicht erforderlich und würde zu einer übermäßigen Schwerfälligkeit der Geschäftsführung führen ⁹⁰⁾. Da keine anders lautenden gesetzlichen Bestimmungen vorhanden sind und auch die Interessenlage der bei den juristischen Personen entspricht, ist grundsätzlich von der Liquidationsgeschäftsführung und -vertretung auszugehen, die allerdings wiederum wie bei den juristischen Personen bei einzelnen Rechten im Konkursverfahren modifiziert wird.

89) Hier soll nicht weiter untersucht werden, ob es - wie bei sonstigen der Gesamtheit der persönlich haftenden Gesellschafter zugewiesenen Aufgaben (BAUMBACH-DUDEN § 131, Anm. 1 C) möglich ist, in der Satzung eine Mehrheitsentscheidung zuzulassen, oder ob § 211 KO zwingend Einstimmigkeit vorschreibt. Dies würde am Charakter der Vorschrift für die hier erhebliche Frage nichts ändern.

90) MÜLLER S. 23

cc) Unabhängigkeit der Gesellschafts- von den Konkursorganen

Genauso wie der Aufgabenbereich des Konkursverwalters abgesehen von der in der Konkursordnung ausdrücklich vorgesehenen Mitwirkung des Gemeinschuldners Einwirkungsmöglichkeiten seitens der gemeinschuldnerischen Gesellschaft entzogen ist, trifft dies umgekehrt auch für eine Einwirkung des Konkursverwalters auf die Gesellschaftsorgane zu. So hat der Konkursverwalter nicht das Recht, Organmitglieder abzuwählen. Die Bestellung oder Abberufung eines Liquidators kann daher nur die Gesellschafterversammlung vornehmen ⁹¹⁾.

Auch ein Antrag auf gerichtliche Abberufung und Neueinsetzung von Liquidatoren kann vom Konkursverwalter nicht gestellt werden. Dies ergibt sich bei den juristischen Personen aus der abschließenden Aufzählung der Antragsberechtigten in §§ 265 III AktG, 66 II GmbHG und 83 III GenG, die jeweils nur den Aufsichtsrat oder eine Gesellschafterminderheit aufzuführen. Zweifel könnten lediglich bei den Personengesellschaften bestehen, als in §§ 146 II, 147 HGB die "Beteiligten" als Antragsberechtigte bezeichnet werden. So hat das Landgericht München in einem Fall, in dem die Liquidatoren einer bayerischen Kommanditgesellschaft sich weigerten, in Österreich belegenes Vermögen, auf das der Konkursverwalter wegen der dortigen Nichtanerkennung keinen Zugriff hatte, der Masse zur Verfügung zu stellen, die Antragsberechtigung des Konkursverwalters anerkannt und diesen selbst auf den eigenen Antrag hin zum Liquidator bestellt ⁹²⁾. Abgesehen davon, daß eine

91) § 265 II AktG; § 66 I GmbHG; § 83 I GenG

92) LG München AWD 66/410

solche Bestellung als offensichtliche Umgehung der Nichtanerkennung des Konkurses ihrerseits nicht anerkannt werden wird⁹³⁾ 94), ist die Entscheidung auch durch das Gesellschaftsrecht nicht gedeckt. Es ist zwar für die Masse vor- teilhaft, wenn die Liquidatoren Vermögen, das in Ländern belegen ist, die den deutschen Konkurs nicht anerkennen, zur Verfügung stellen; dieses Interesse ist aber nicht einer Beteiligung im Sinne der genannten Vorschriften gleichzu- stellen. Als Liquidationsbeteiligte führt § 146 HGB die Gesellschafter selbst, die Gläubiger, die nach § 135 HGB die Gesellschaft gekündigt haben, und den Verwalter eines Gesellschafterkonkurses auf. Daneben werden auch die Erben sowie die Testaments- oder Nachlaßverwalter eines verstor- benen Gesellschafters als Beteiligte anerkannt⁹⁵⁾. Allen diesen ist gemeinsam, daß sie nur Rechte bezüglich eines Gesellschaftsanteiles haben, die sie wegen der gesamthände- rischen Bindung innerhalb der Personengesellschaft nicht

93) OGH v.16.12.66, ÖJZ 67/356; vgl. auch KEGEL in SOERGEL- SIEBERT v.Art.7 EGBGB, Rz. 422

94) Die Entscheidung ist auch dann bedenklich, wenn man die Entscheidung über Konkursbefangenheit oder -freiheit dem Belegenheitsstaat nicht nur insoweit vorbehält, als die- ser, solange sich ein Vermögensgegenstand in seinem Macht- bereich befindet, jegliche Wirkungen ausschließen kann, sondern darüberhinaus solche Vermögensgegenstände, die sich zur Zeit der Konkurseröffnung in Gebieten befinden, deren Rechtsordnung den deutschen Konkurs nicht anerkennt, auch dann nicht in die Istmasse fallen läßt, wenn sie spä- ter auf deutsches Gebiet kommen (JÄGER-LENT § 1, Rz.2; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 237, Anm.1; RG 54/193; MELCHIOR S.410). Bei konsequenter Durchführung dieser Ansicht müßte man näm- lich dazu kommen, daß Gegenstände, die der Gemeinschuldner aus einem solchen Land ins Inland verbringt, nicht unter die Konkursmasse fallen, sondern als Neuerwerb behandelt werden. Es ist aber anzunehmen, daß diese weitgehende An- erkennung des Belegenheitsstatuts nur dann zutrifft, wenn sich die Vermögensstücke in der Verfügungsgewalt eines ausländischen Konkursverwalters befinden oder von Dritten erworben wurden, nicht jedoch, wenn sie sich noch im Eigen- tum und in der Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners be- finden (in diese Richtung: RG 90/125).

95) HUECK S. 485; BAUMBACH-DUDEN § 146, Anm. 4 A

ohne weiteres verwerten können; sie sind deshalb auf eine ordnungsgemäße Lösung dieser Bindung durch die Liquidation angewiesen. Demgegenüber sind die Befugnisse des Gesellschaftskonkursverwalters von einer Entflechtung unabhängig. Sein Interesse an einem anderen Liquidator ist lediglich das Interesse an einem willfähigen Gemeinschuldner, wie es auch der Verwalter des Konkurses einer natürlichen oder juristischen Person hat. Trotzdem wird niemand auf den Gedanken kommen, daß den Gläubigern oder dem Konkursverwalter das Recht zusteht, den Schuldner zu tauschen oder die Organe einer juristischen Person auswechseln zu lassen. Die Ausweitung der Antragsbefugnis bei den Personengesellschaftern auf Nichtgesellschaftler dient nur dazu, den Besonderheiten der Gesamthand gerecht zu werden, nicht jedoch, dieses allgemeine Problem unterschiedlich zu lösen ⁹⁶⁾.

Von der Frage der Unabhängigkeit der Organe vom Konkursverwalter bezüglich ihrer Organstellung zu trennen ist die Frage ihrer Bezahlung. Diese unterschiedliche Behandlung von Organstellung und Entgelt kann man auch bei der sonstigen Auflösung beobachten; wird etwa die Gesellschaft durch Kündigung aufgelöst, so verlieren die Mitglieder des Vorstandes, wenn besondere Liquidatoren vorgesehen sind, ihre Stellung als Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs, auch wenn arbeitsrechtlich noch keine Kündigungsmöglichkeit besteht und deshalb die Vorstandsmitglieder weiterhin zu entlohnen sind. Umgekehrt ist im Konkurs möglich, daß die Organmitglieder ihre Position behalten, dennoch aber aus konkursrechtlichen Gründen eine Bezahlung entfällt oder sich im Verhältnis zu den noch zu erfüllenden Aufgaben verringert ⁹⁷⁾.

96) a.A. für Gesellschaftsgläubiger: HAASE JW 1913/719

97) LG Köln KTS 58/95; OLG Köln GmbH-Rundschau 59/258; WEBER 70/81 ff.; JÄGER-WEBER § 207/8, Anm.32; MENTZEL-KUHN § 22, Anm.5; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 22, Anm.7; KALTER KTS 55/44

3. Juristische Personen des BGB und nichtrechtsfähiger Verein

a) Fortdauer der Rechtsfähigkeit zu Konkurs- und Abwicklungszwecken

Nach allgemeiner Ansicht bleiben die juristischen Personen des BGB trotz des Wortlauts von § 42, Abs. I BGB, wonach sie durch die Konkurseröffnung die Rechtsfähigkeit verlieren, unter Berufung auf § 49, Abs. II BGB im Rahmen des Konkursverfahrens und auch eines eventuell anschließenden Liquidationsverfahrens rechtsfähig⁹⁸⁾. Diese Verfahren sollen durch einen Verlust der Rechtsfähigkeit nicht behindert werden.

b) Die Konkurseröffnung als Auflösungsgrund

Uneinigkeit herrscht darüber, ob die Konkurseröffnung und der damit verbundene Verlust der Rechtsfähigkeit zugleich auch die Auflösung des Vereins oder der Stiftung zur Folge haben oder diese mangels eines sonstigen Auflösungsgrundes⁹⁹⁾ als nichtrechtsfähige Organisationen weiterbestehen. Wie sich aus der Anerkennung solcher nichtrechtsfähiger Organisationen, vor allem des nichtrechtsfähigen Vereins, durch unsere Rechtsordnung ergibt, ist ein solches Fortbestehen nicht unbedingt ausgeschlossen; eine Unterscheidung zwischen Verlust der Rechtsfähigkeit und Auflösung ist also nicht zwecklos¹⁰⁰⁾.

98) KG JW 35/3636; RGR-Kommentar BGB § 42, Rz.2, § 49, Rz.4; STAUDINGER-COING § 42, Rz.3, 11, § 49, Rz.14 mit 17; JÄGER-WEBER § 213, Anm.10; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 213, Anm.3

99) So wäre die normalerweise eintretende Vermögenslosigkeit bei einer Stiftung Aufhebungsgrund nach § 87 I BGB (vgl. PALANDT § 87, Anm.1; BEITZKE § 14 I, S.137)

100) so aber COSACK § 50 I

Um zum Ergebnis der Auflösung zu gelangen, müssen wir in der Konkurseröffnung zugleich einen Auflösungsgrund sehen. Hierzu werden im wesentlichen drei Meinungen vertreten. Die erste sieht im Verlust der Rechtsfähigkeit durch den Konkurs ebenso wie im Entzug der Rechtsfähigkeit nach § 43 BGB einen gesetzlichen Auflösungsgrund. Der BGB-Gesetzgeber hätte damit, daß er anstelle von "Auflösung" "Verlust der Rechtsfähigkeit" setzte, lediglich öffentlich-rechtliche Aspekte von seiner Regelung fernhalten wollen; inhaltlich sei jedoch eine unterschiedliche Regelung nicht getroffen ¹⁰¹⁾. Zum entgegengesetzten Ergebnis kommt das OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 28.10.32, das auf Grund des Wortlauts der §§ 42/43 BGB annimmt, daß ein gesetzlicher Auflösungsgrund nicht vorliege. Auch eine Vermutung, daß bei Schweigen der Satzung die Auflösung in einem solchen Falle gewollt sei, gebe es nicht. Es sei nicht einzusehen, daß das Schweigen der Satzung das Fortbestehen des Vereins ¹⁰²⁾ als nichtrechtsfähiger Verein ausschließen soll, wenn doch die Auflösung weder dem Gesetz noch der Satzung zu entnehmen sei ¹⁰³⁾. Eine Mittelmeinung vertritt, daß zwar normalerweise die Auflösung durch die Konkurseröffnung erfolge, denn normalerweise sei für ein organisches Fortbestehen kein Raum mehr. In der Satzung könne die Auflösung jedoch ausgeschlossen werden. Enthalte die Satzung jedoch keinen ausdrücklichen Ausschluß, so sei sie nach allgemeiner Erfahrung dahingehend auszulegen, daß eine weitere Betätigung nicht gewollt sei ¹⁰⁴⁾. Bei dieser

101) ECK S. 67 f.; v.TUHR I, S. 561; LANGE S. 186

102) Der Einfachheit und Flüssigkeit des Textes halber wird nur vom Verein gesprochen; für die Stiftung gilt auf Grund §§ 86, 87 BGB Entsprechendes.

103) OLG Hamburg HRR 33, Nr.1634; ebenso RG JW 36/2063, Nr.2; PALANDT § 42, Anm.2; ERMAN § 41, Anm.1; STAUDINGER-COING § 42, Rz.6; LEHMANN-HÜBNER § 61 V 3, S. 465.

104) PLANCK § 41, Anm.1; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.685; RGR-Kommentar BGB § 42, Rz.1; SOERGEL-SIEBERT § 42, Rz.3; LARENZ AT S.197; KG JW 35/3636; LG Düsseldorf JW 33/1150

Meinung wird nicht ganz klar, ob die Auflösung letztlich auf Gesetz oder auf der Satzung beruht.

Einen Hinweis dafür, daß das BGB auch mit dem Verlust der Rechtsfähigkeit auch die Auflösung umfassen will, gibt § 45 BGB. Danach ist für den Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit nach § 43 BGB ebenso wie für die Auflösung nach § 41 BGB der Anfall des Vereinsvermögens an die Anfallberechtigten, gegebenenfalls nach Absatz 3 an den Fiskus vorgesehen. Ein solcher totaler Vermögensentzug ist nur dann sinnvoll, wenn man davon ausgeht, daß der Verein zu bestehen aufhört. STAUDINGER zieht diesen Schluß nicht; er nimmt zwar an, daß der Anfall eintritt; der Verein bestehe jedoch als nicht-rechtsfähiger zur Verfolgung des früheren Zweckes fort, und zwar - außer bei Anfall an den Fiskus - neben dem nach § 49 II BGB rechtsfähigen Liquidationsverein¹⁰⁵⁾. Es ergibt sich also die seltsame Situation, daß - obwohl auch STAUDINGER mit der hM von der Identität des rechtsfähigen Vereins vor Entziehung der Rechtsfähigkeit mit dem fortsetzenden nichtrechtsfähigen ausgeht¹⁰⁶⁾ - zwei Vereine nebeneinander bestehen. Diese Verselbständigung geschehe im Gläubigerinteresse, ähnlich wie bei der Nachlaßverwaltung¹⁰⁷⁾. Da wegen der Identität des bisherigen und des Fortsetzungsvereins dieser jedoch auch mit dem neu erworbenen Vermögen für die bisherigen Schulden haftet, scheint ein Gläubigerbefriedigungsverfahren nicht angezeigt und auch nicht vorteilhaft. Die Vorschriften über den Anfall und die Liquidation

105) STAUDINGER-COING § 41, Rz.15; ihm folgend SOERGEL-SIEBERT § 41, Rz.20

106) STAUDINGER-COING § 21; Rz.34, § 41, Rz.14; ERMANN § 43, Anm.2; LEHMANN-HÜBNER § 61 VI 2a, S.467; a.M.ENNECCERUS-NIPPERDEY § 113 II 5, S. 685.
Nach LARENZ ist der fortbestehende Verein nur in organisatorischer, nicht in vermögensrechtlicher Hinsicht identisch (AT § 16 IV, S. 198)

107) STAUDINGER § 41, Rz.15, Anm. V 2 b

tion sind lediglich dazu geschaffen und geeignet, eine vernünftige Regelung für den Fall der tatsächlichen Beendigung des Vereins zu treffen ¹⁰⁸⁾. Dies ergibt sich aus § 46 S. 2 BGB. Danach soll der Fiskus das Vermögen in einer den Zwecken des Vereins entsprechenden Weise verwenden. Wenn aber der Verein mit dem bisherigen Zweck - wenn auch als nichtrechtsfähiger - weiterbesteht, so muß doch angenommen werden, daß er selbst am besten seine Zwecke verfolgen kann. Ein Entzug des Vermögens wäre dann eine völlig unsystematische Strafvorschrift.

Da das Gesetz aber bei Entzug der Rechtsfähigkeit den Anfall vorsieht, ist anzunehmen, daß der Verein auch aufgelöst und beendet werden soll. Für den Verlust der Rechtsfähigkeit durch Konkurs ist derselbe Schluß angezeigt. Dieser Fall ist zwar in § 45 I BGB nicht unter den Anfallsgründen aufgeführt; diese Auslassung beruht aber wohl auf demselben Umstand, der dazu führte, bei den Handelsgesellschaften eine Liquidation bei der Auflösung durch den Konkurs nicht vorzuschreiben, nämlich darauf, daß vom Normalfall ausgegangen wurde, in dem das Konkursverfahren die Liquidation völlig verdrängt, weil das vorhandene Vermögen nicht einmal zur Gläubigerbefriedigung ausreicht und mangels eines dahingehenden Willens seitens der Vereinsmitglieder ein Neuerwerb nicht stattfindet. Ein weitergehender Schluß dahin, daß eine Auflösung durch den Konkurs nicht stattfindet, kann aus dieser Auslassung nicht gezogen werden.

Die Konkurseröffnung ist also auch bei den juristischen Personen des BGB ein gesetzlicher Auflösungsgrund. Auch der Mittelmeinung, die einen Ausschluß dieses Auflösungsgrundes durch die Satzung annimmt, kann nicht gefolgt werden.

108) so auch KG JW 35/3636

Zwar scheint eine Fortsetzung als nichtrechtsfähiger Verein wegen der persönlichen Haftung der Handelnden nach § 55 BGB im Interesse der Gläubiger unbedenklich ¹⁰⁹⁾; jedoch dürfte ein Ausschluß bereits in der Satzung, also noch vor Eintritt der Konkursöffnung und der zu ihr führenden Situation, im Interesse der Vereinsmitglieder unzulässig sein. Der Konkurs ist immer ein außergewöhnliches Ereignis, das die Geschäftsgrundlage für die Bindungen innerhalb des Vereins erheblich verändert. Ein Einkalkulieren dieser Möglichkeit und seiner Begleitumstände erscheint nicht durchführbar; dies würde jedoch ein vorheriger Verzicht erfordern. Gegen einen nachträglichen Fortsetzungsbeschluß ergehen sich jedoch keine Bedenken.

Abgesehen von dieser Möglichkeit werden auch die juristischen Personen des BGB ebenso wie die Handelsgesellschaften aufgelöst. Konkursfreies oder nach Konkursende verbleibendes Vermögen fällt damit nach § 45 BGB an die Anfallsberechtigten; außer bei Anfall an den Fiskus findet darüber das Liquidationsverfahren nach § 47 BGB statt. Dabei gilt im wesentlichen das bei den Handelsgesellschaften bereits Ausgeführte. Es tritt also mit der Konkursöffnung die Liquidationsvertretung ein ¹¹⁰⁾.

109) Vgl. dazu die leichteren Fortsetzungsmöglichkeiten bei den Personengesellschaften, s.o.S.28, Fn.46

110) Zu beachten ist, daß die Liquidatoren einer juristischen Person des BGB - ebenso wie der Vorstand - nur eine begrenzte Vertretungsmacht im Rahmen ihres Aufgabenkreises haben. Auch hier kommt jedoch wie bei den Personengesellschaften das Verkehrsschutzbedürfnis zu tragen (SOERGEL-SIEBERT § 49, Rz.9; RGR-Kommentar BGB § 49, Rz.2). Als Regel geht man davon aus, daß Vertretungsmacht besteht. Die Beweislast dafür, daß die Liquidatoren nicht innerhalb ihrer Befugnisse gehandelt haben, trifft den, der dies behauptet (SOERGEL-SIEBERT § 49, Rz.10). Selbst wenn dies bewiesen wird, kann es in Fällen, in denen es sich objektiv um ein Liquidationsgeschäft hätte handeln können, was meist der Fall ist, und der Geschäftspartner bei der erforderlichen Prüfung das Fehlen der Liquidationsbezogenheit nicht feststellte, diesem nicht entgegengehalten werden (RG 146/376).

c) Nichtrechtsfähiger Verein

Auch der nichtrechtsfähige Verein wird nach hM - und zwar auch von den Stimmen, die beim rechtsfähigen Verein gegen die Auflösung sind - durch die Konkursöffnung aufgelöst ¹¹¹⁾. Auch hier wird durch den Konkurs für eine Fortsetzung die Geschäftsgrundlage entzogen. Der bei allen behandelten Organisationsformen erkenntliche Grundsatz, daß eine Kündigung nicht erforderlich ist, sondern die Auflösung automatisch mit der Konkursöffnung eintritt, ist im Wege der Rechtsanalogie auch auf den nichtrechtsfähigen Verein anwendbar.

Zusammenfassung

Es läßt sich also feststellen, daß der Konkurs bei deutschen Gesellschaften neben dem Entzug des dem Konkursbeschlagnahmefähigen Vermögens einen Einfluß auf die Gesellschaftsorganisation ausübt und die Gesellschaft auflöst. Dies bedeutet jedoch nicht, daß dem Konkursverwalter über die in der Konkursordnung festgelegten Aufgaben als Konkursorgan hinaus eine gesellschaftsrechtliche Position zukäme. Vielmehr bleiben die Gesellschaftsorgane weiterhin für alle Aufgaben - auch gegenüber Dritten - zuständig, die nicht ausdrücklich dem Konkursverwalter übertragen sind. Sie sind daher zur Verteilung des nach Konkursende verbleibenden Vermögens sowie zur Verwaltung des konkursfreien Vermögens, also vor allem zum Neuerwerb und dessen Verwaltung, befugt. Dabei sind jedoch Liquidationsgrundsätze zu beachten. Dies bedeutet vor allem, daß die Liquidationsvertretung eintritt und neue werbende Geschäfte nur nach Fortsetzungsbeschluß oder bei Zustimmung der für den Fortsetzungsbeschluß zu-

111) v.TUHR S.587; SOERGEL-SIEBERT § 54, Rz.49; ERMAN § 54, Rz.8; JÄGER-WEBER § 213, Rz.19; MENTZEL-KUHN § 213, Anm.5; KLEINFELLER Lehrbuch S. 185

ständigen Organe zu dem jeweiligen Geschäft zulässig sind.

II. Ausländische Rechte

1. Schweiz

Auch nach Schweizer Recht werden Gesellschaften durch die Konkurseröffnung aufgelöst ¹¹²⁾. Ebenso wie im deutschen Recht wird dabei die Auflösung nicht dem Erlöschen der Gesellschaft gleichgesetzt, sondern lediglich als Einleitung des Abwicklungsstadiums betrachtet ¹¹³⁾. Bezüglich der Liquidation wird bei der Kollektivgesellschaft in Art. 582 OR ähnlich wie bei den deutschen Gesellschaftsgesetzen formuliert, daß nach der Auflösung der Gesellschaft die Liquidation stattfindet, wenn nicht über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist. Bei der Aktiengesellschaft ist in Art. 740 V OR ¹¹⁴⁾ geregelt, daß die Liquidation durch das Konkursverfahren "nach dessen Vorschriften" besorgt werde. Dies führt dazu, daß die Auflösung durch Konkurs als ein Fall der Auflösung mit Liquidation angesehen wird, bei dem das Konkursverfahren die Funktion der Liquidation erfüllt ¹¹⁵⁾. Man muß sich jedoch vor Augen halten, daß der Konkursverwalter lediglich nach den Vorschriften des im SchuKG festgelegten Konkursverfahrens vorgehen kann. Dabei fällt jedoch im Gegensatz zum deutschen Recht nach Art. 197 II SchuKG auch ein eventueller Neuerwerb in die Konkursmasse.

112) Kollektivgesellschaft: Art. 574 I OR; Aktiengesellschaft: Art. 736 Z. 3 OR; Kommanditaktiengesellschaft: Art. 770 I OR; Gesellschaft mit beschränkter Haftung: Art. 820 Z. 3 OR; Genossenschaft: Art. 911 Z. 3 OR; für den Verein: Eintritt der Auflösung bereits bei Zahlungsunfähigkeit: Art. 77 ZGB

113) EGGER ZürichK Art. 76, Anm. 1; SCHUCANY Art. 736, Anm. 1; BÜRGI ZürichK Art. 739, Anm. 1; GUTZWILLER ZürichK Art. 827, Anm. 1; Schweizer Privatrecht S. 506, Fn. 114

114) Bei der Kommanditaktiengesellschaft (Art. 770 II OR), der GmbH (Art. 823 OR) und der Genossenschaft (Art. 913 I OR) wird auf diese Regelung verwiesen.

115) SCHUCANY Art. 736, Anm. 4

Da die Bestimmungen des Art. 92 SchuKG bezüglich pfändungs- und konkursfreien Vermögens jedenfalls bei juristischen Personen nicht zur Anwendung kommen ¹¹⁶⁾, ist während des Konkurses kein konkursfreies Vermögen vorhanden. Eine wesentliche Aufgabe der deutschen Liquidatoren im Konkurs, nämlich die Verwaltung konkursfreien Vermögens, verbleibt hier der Gesellschaftsorganisation also nicht. Dabei ist aber zu beachten, daß dies nicht Ausfluß einer besonderen Übertragung dieser Aufgabe an den Verwalter eines Gesellschaftskonkurses ist, sondern daß jedem Gemeinschuldner bezüglich des Neuerwerbs die Dispositionsbefugnis zugunsten der Konkursmasse entzogen wird und auf Grund dieser unterschiedlichen Regelung der Konkursmasse - nicht jedoch der Position des Gesellschaftskonkursverwalters - kein konkursfreies Vermögen existiert.

Nicht obliegt dem Konkurs jedoch die Aufgabe, nach Konkursende verbleibendes Vermögen zu verteilen. Zwar wird, wenn ein Überschuß der Aktiva über die im Konkurs zu bereinigenden Forderungen festgestellt wird, meist ein Widerruf des Konkurses nach Art. 195 SchuKG erfolgen und damit auch die Auflösung rückgängig gemacht werden ¹¹⁷⁾. Es ist jedoch nicht zwingend, daß der Gemeinschuldner sich um die Beibringung der von allen Gläubigern unterzeichneten schriftlichen Erklärung, daß sie mit dem Widerruf einverstanden sind, oder um den Abschluß eines Nachlaßvertrages bemüht, etwa deswegen nicht, weil der Mehrheit der Gesellschafter trotz der an sich gegebenen Möglichkeit an einer Fortsetzung nicht gelegen ist. In diesem Fall müssen die Liquidatoren die Verteilung des Überschusses

116) BGE 63/17; anders für Personengesellschaften: BGE 37/158; HARTMANN BernK Art.570, Rz.12; SIEGWART ZürichK Art.570, Rz.71; a.M. BlZÜR 12/349

117) für die automatische Wiederbelebung: W.v.STEIGER ZürichK Art.820, Rz.10, 29; GUTZWILLER ZürichK Art.827, S.186; a.A. SCHUCANY Art.736, Anm.4

an die Anfallsberechtigten durchführen. Daran sieht man deutlich, daß das Konkursverfahren kein vollwertiger Ersatz des Liquidationsverfahrens ist. Auch wenn man jedoch die Aufhebung des Konkurses hier als den Normalfall ansieht, zeigt dieses Unvermögen des Konkursverwalters, über die Gläubigerbefriedigung hinaus tätig zu werden, daß sich das Konkursverfahren nicht nur durch seine Form, durch seine besonders strengen Vorschriften aus Gläubigerschutzüberlegungen heraus und seine genauen Maßstäbe bei der Gläubigerbefriedigung vom Liquidationsverfahren unterscheidet, sondern auch in seinen Zielsetzungen und in seinen Möglichkeiten deutlich davon abweicht. Wenn Art. 740 V OR also sagt, daß die Liquidation durch den Konkursverwalter durchgeführt wird, so bedeutet das nicht etwa, daß dieser eine echte Liquidatorenstellung erhält, die nach hM eine Organposition in der Gesellschaft darstellt¹¹⁸⁾. Vielmehr ergibt sich aus der Formulierung, daß der Konkursverwalter die Liquidation "nach den Vorschriften des Konkurses" durchzuführen habe, daß er lediglich die allgemeinen, aus den Konkursvorschriften resultierenden Rechte hat. Art. 740 V OR verdeutlicht also nur, daß eine gemeinschuldnerische Gesellschaft nicht tätig werden kann, soweit das Konkursverfahren reicht, und zwar weder durch die früheren noch durch Liquidationsorgane. Eine eigene darüber hinausgehende Regelung enthält diese Vorschrift nicht.

118) BÜRGI ZürichK Art.740, Rz.25; W.v.STEIGER ZürichK Art.823, Rz.5, Art.808, Rz.1-3; a.A. SCHUCANY Art.743, Rz.7, der lediglich gewisse Vorschriften für Organe, wie z.B. die Haftungsvorschriften, auf sie analog anwenden will.

Zu beachten ist ferner, daß die hM in der Schweiz die Liquidatoren nicht als den Verwaltungsrat in der Auflösung ablösendes (eventuell identisch besetztes) Organ ansieht, das abgesehen von den durch die Zweckänderung bedingten unterschiedlichen Aufgaben völlig in dessen Position eintritt, sondern als ein zusätzliches, dessen Rechte und Pflichten gesetzlich abschließend festgelegt sind. BÜRGI ZürichK Art.739, Rz.33; W.v.STEIGER ZürichK Art.823, Rz.5; SCHUCANY Art.739, Rz.2 b; a.A. F.v.STEIGER SAG 22/40

2. Frankreich

Auch die französischen Insolvenzverfahren, und zwar sowohl die weniger einschneidende Form des "règlement judiciaire", die nach Art. 7 des Gesetzes Nr. 67-563 vom 13.7.1967 stattfindet, wenn der Gemeinschuldner einen vernünftigen Vergleichsvorschlag unterbreiten kann, wie auch die "liquidation des biens", die zum Zuge kommt, wenn diese Möglichkeit nicht besteht, sind keine Verfahren zur Gesellschaftsabwicklung. Zwar sind nach Art. 15 dieses Gesetzes ebenso wie bei Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen auch neuerworbene Vermögensgegenstände Teil der Masse. Da auch sonstiges konkursfreies Vermögen bei Gesellschaften nicht vorhanden ist, sind die Insolvenzverfahren für die Verwaltung des gesamten Gesellschaftsvermögens zuständig. Die Funktionen der Konkursorgane sind aber gegenüber dem Konkurs natürlicher Personen nicht erweitert ¹¹⁹⁾. Ihre Befugnisse stehen ausschließlich unter dem Aspekt der Gläubigerbefriedigung; sie haben nicht - wie sonst die Liquidatoren - eine umfassende Abwicklungsbefugnis ¹²⁰⁾. Zwar wird meist eine über die Gläubigerbefriedigung hinausgehende Abwicklung aufgrund der schlechten Vermögenslage der Gesellschaft sowieso nicht erforderlich und auch nicht möglich sein. Entscheidend ist aber, daß im Konkurs eine wesentliche Aufgabe der Liquidation, nämlich die Verteilung von nach Gläubigerbefriedigung verbleibendem Vermögen mangels gesetzlicher Grundlage gar nicht wahrgenommen werden kann. Erledigt sich also der Konkurszweck wegen unerwarteter voller Gläubigerbefriedigung, so ist das Konkursverfahren zur Beendigung der Gesellschaft nicht in der Lage. Auch im französischen Recht ist das Konkursverfahren also nicht eine bloße

119) RODIERE, Précis Dalloz I, S.318, Nr.332 c

120) Zur Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen den Funktionen des Konkursverwalters und der Liquidatoren: Req.v.4.2.1896, D.P. 97.1.217; Rep. Dalloz Sociétés, faillite, Nr.93; PERCEROU et DESSERTAUX Bd.3, Nr.1657, 1680.

Variation der Abwicklung, deren Eigenheiten auf der besonders schlechten Vermögenslage der Gesellschaft beruhen; es unterscheidet sich vielmehr auch in der Zielsetzung erheblich.

Die Konkurseröffnung ist nach französischem Recht nicht einmal Auflösungsgrund ¹²¹⁾. Dies war lediglich für die Personengesellschaften, die "société en nom collectif" und die "société en commandite", fraglich, weil ein Konkurs der Gesellschaft zugleich Konkurse über die Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter auslöst ¹²²⁾. Da aber bereits der Konkurs eines persönlich haftenden Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft führt ¹²³⁾, glaubte man, dies hier erst recht annehmen zu müssen ¹²⁴⁾. Diese Ansicht wird jedoch von der hM abgelehnt, weil Grund für die Auflösung durch den Konkurs eines einzelnen persönlich haftenden Gesellschafters der Umstand sei, daß man an das in der Gesellschaft gebundene Vermögen nur über eine Abwicklung der Gesellschaft oder über eine Abfindung herankomme ¹²⁵⁾. Wenn aber bereits das gesamte Gesellschaftsvermögen vom Konkurs erfaßt ist, so trifft dieser

121) THALLER S.260, Nr. 434; PERCEROU et DESSERTAUX Bd.2, Nr.1713; Civ.v.3.4.1895, D.P. 95.1.443; v.5.11.1941, D.C. 42/58; Comm.v.12.6.1956, Bull. Civ. III, Nr.180 Rev.trim.dr.comm. 1956/729; Paris v.12.7.1865, D.P. 70.2.27 S. 71.2.233 mit Anm.v. LYON-CAEN

122) Vgl.Art.101 des Gesetzes v.13.7.1967; früher dazu Art.9, décr.v.20.5.1955; Rep. Dalloz Sociétés, faillite, Nr.105

123) Art. 22, 23, 251 des Gesetzes v.24.7.1966 mit Änd. durch Gesetz v.12.7.1967 (Nr.67-559); früher: Art.1865 IV Code Civil.

124) Amiens v.30.1.1867, D.P. 69.1.98

125) Sind die anderen Gesellschafter zur Abfindung bereit, so gibt Art.22 I/II des Gesetzes v.24.7.1966 die Möglichkeit der Fortsetzung durch Beschluß.

Grund nicht zu ¹²⁶⁾. Alle Gesellschaftsformen bleiben also auch nach Konkurseröffnung zum bisherigen Gesellschaftszweck erhalten, selbst wenn sie ihn während des Konkursverfahrens aufgrund der Verdrängung nicht verfolgen können ¹²⁷⁾. Die Gesellschaft wird daher auch ohne Fortsetzungsbeschuß nach Konkursende fortgeführt, es sei denn, ein anderer Auflösungsgrund greift ein. Zuständig für die der Gesellschaft während des Konkurses und nachher verbleibenden Aufgaben sind deswegen nicht die Liquidatoren, sondern die bisherigen Organe. Die Liquidatoren werden lediglich tätig, wenn die Gesellschaft bereits bei Konkurseröffnung aufgelöst war ¹²⁸⁾ oder wegen sonstiger Gründe noch aufgelöst wird.

So kann die Gesellschaft durch Beschluß oder durch gerichtliche Entscheidung wegen Verlustes von 3/4 des Kapitals nach Konkurseröffnung aufgelöst werden ¹²⁹⁾. Diese Möglichkeit wurde vom Tribunal de Commerce de Lyon bestritten: Ein Aktionär hatte Antrag auf Auflösung einer in liquidation judiciaire befindlichen Aktiengesellschaft wegen Verlustes von 3/4 des Kapitals nach Art. 37 des Gesetzes vom 24.7.1867 ¹³⁰⁾ gestellt. Diesen Antrag lehnte das Handelsgericht u.a. mit der Begründung

126) Civ.v.8.5.1854, S.54.1.673; Req.v.4.2.1895, D.P.97.1.217; Lyon v.3.7.1862, D.P.63.2.95; Douai v.29.2.1910, Journ. soc.1912/229; Trib.comm. Toulouse v.6.12.1911, Journ. faillites 1912/88; LYON-CAEN et RENAULT Bd.8, Nr.1168; PERCEROU et DESSERTAUX Bd.3, Nr.1645; Rep. Dalloz Sociétés faillite, Nr.989; PORCERAU D.P.1908.1.145

127) Rep. Dalloz Sociétés, faillite, Nr.91; PERCEROU et DESSERTAUX Bd.3, Nr.1717

128) Civ.v.9.5.1854, D.P.54.1.203; v.10.4.1889, D.P.90.1.305; Req.v.21.1.1874, D.P.74.1.312; v.6.2.1893, D.P.93.1.352; Rep. Dalloz Sociétés, faillite, Nr.93

129) Rep. Dalloz Sociétés, faillite, Nr.93; RIPERT-ROBLAT S. 423 ff., Nr. 788 - 795; RODIERE-HOUIN, Précis Dalloz, S. 356, Nr. 372 ff.

130) Vgl. dazu jetzt: Art. 197 des décr. Nr. 67 - 236 v.23.3.1967

ab, die liquidation judiciaire gehe dem freiwilligen Liquidationsverfahren vor, könne also nicht gleichzeitig stattfinden ¹³¹⁾. PERCEROU lehnt diese Argumentation mit Recht in seiner anmerkung zu dieser Entscheidung ab: Es sei eine Selbstverständlichkeit, daß das Insolvenzverfahren der freiwilligen Liquidation vorgehe und sie verdränge. Dies sei etwa auch dann der Fall, wenn sich die Gesellschaft bereits bei Konkurseröffnung in Liquidation befunden habe. Der Auflösung komme aber eine über das Insolvenzverfahren hinausgehende Bedeutung zu; vor allem nach Konkursende sei für die Zukunft der Gesellschaft entscheidend, ob sie aufgelöst ist oder nicht. Ein generelles Hindernis, eine Gesellschaft während eines Insolvenzverfahrens aufzulösen, bestehe nicht ¹³²⁾. Nach Konkursende wird die Gesellschaft aufgelöst, wenn das gesamte Gesellschaftsvermögen durch den Konkurs verbraucht und somit eine weitere Verfolgung des Gesellschaftszwecks nicht mehr möglich ist ¹³³⁾.

3. England

Das englische Recht kennt für die Insolvenz von Gesellschaften ein eigenes, im Companies Act geregeltes Verfahren ¹³⁴⁾. Dieses findet Anwendung auf sämtliche in England eingetragene Gesellschaften sowie auf die nach ss. 398, 399 C.A. gleichgestellten Organisationen, also auch auf partnerships mit mehr als 7 Gesellschaftern (nicht jedoch auf limited partnerships) und auf

131) Trib.comm. Lyon v.30.10.1951, D.52/410

132) Nach Ansicht von PERCEROU konnte das Gericht allerdings aufgrund des ihm eingeräumten Ermessens die Auflösung ablehnen, da während der liquidation judiciaire noch nicht endgültig feststehe, ob der erforderliche Kapitalverlust tatsächlich eintritt, sondern noch eine reelle Chance bestehe, daß sich die Gesellschaft wieder erholt.

133) THALLER S.260, Nr.434

134) Companies Act von 1948, vgl. insbes. s.222 (e)

alle ausländischen Handelsgesellschaften, die in England eine Geschäftsstelle haben ¹³⁵⁾. Gegen die eingetragenen Gesellschaften ist nach s. 126 des Bankruptcy Act von 1914 nur dieses Verfahren, nicht jedoch das übliche Konkursverfahren zulässig ¹³⁶⁾. Dieses besondere Verfahren wird als "compulsory winding-up" bezeichnet und findet nach s.222 C.A. nicht nur im Falle der Insolvenz Anwendung, sondern auch, wenn aus sonstigen Gründen des öffentlichen Interesses ein Fortbestehen der Gesellschaft nicht mehr länger erwünscht ist.

Im Gegensatz zu den bisher behandelten Insolvenzverfahren beschäftigt es sich nicht nur mit der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung. Sinn dieses Verfahrens ist vielmehr auch, die Auseinandersetzung der Gesellschafter untereinander und die Abwicklung der vermögensrechtlichen und sonstigen Verhältnisse innerhalb der Gesellschaft zu besorgen ¹³⁷⁾. Hier ist es nun tatsächlich so, daß eine weitere Organisation daneben nicht erforderlich und deshalb auch nicht vorgesehen ist, weil sämtliche eventuell anfallenden Aufgaben bereits in diesem Verfahren erledigt werden. Die bisherigen Gesellschaftsorgane können lediglich noch Rechtsmittel gegen die Eröffnung des Verfahrens einlegen. Dies setzt aber nicht voraus, daß sie noch eine Organisation innehaben; so kann auch der nach § 147 HGB abberufene Liquidator gegen die Abberufung nach §§ 146 II, 20 I FGG vorgehen. Auch können die früheren Gesellschaftsorgane wieder

135) GRAVESON S.493 f.; HALSBURY Bd.6, Nr.1020 f.

136) SCHULZE S.3, Fn.55. Das übliche Konkursverfahren soll hier nicht weiter behandelt werden, da es keine neuen Aspekte für das hierinteressierende Verhältnis zwischen Insolvenz- und Liquidationsverfahren bringt und auf Gesellschaften wegen s.126 B.A. nur beschränkt Anwendung findet. Bei den hauptsächlich betroffenen partnerships geht nicht die partnership selbst in Konkurs, sondern findet ein gemeinsames Konkursverfahren über das Vermögen aller Gesellschafter statt (ss.127,33 (6) B.A.; vgl. auch JÄGER-JAHR Vorbem. zu § 207, Rz.15-17).

137) Vgl. s.265 C.A.; HALSBURY Bd.6, Nr.1332; SCHULZE S.3

zum Zuge kommen, wenn die Zwangsliquidation nach s. 256 (1) C.A. aufgehoben wird. Eine solche Aufhebung wird durch das Gericht auf Antrag eines Liquidators, des official receiver, eines contributory ¹³⁸⁾ oder eines Gläubigers gewährt, wenn es der Ansicht ist, daß dies bei Beachtung des Interesses der Gesamtheit der Gläubiger, aber auch der Geschäftswelt und der Öffentlichkeit im allgemeinen angemessen ist ¹³⁹⁾. Es kann auch aufgehoben werden, um eine freiwillige Liquidation zu ermöglichen ¹⁴⁰⁾.

Dabei handelt es sich jedoch um eine echte Neueinsetzung der Direktoren oder Liquidatoren ¹⁴¹⁾, zu vergleichen mit dem Fall, daß der alte Vorstand einer aufgelösten deutschen Aktiengesellschaft nach einem Fortsetzungsbeschluß wieder von den Liquidatoren die Geschäftsführung übernimmt. Eine freiwillige Liquidation unterscheidet sich nämlich von der Zwangsliquidation nach englischem Recht nicht dadurch, daß andere Aufgaben wahrgenommen werden, sondern hauptsächlich durch die Art der Bestellung der Liquidatoren, die wegen fehlenden Vertrauens in die Gesellschaft von den Gerichten wahrgenommen wird. Die Organe der Zwangsliquidation sind ein echter Ersatz für die Gesellschaftsorgane, da sie alle der Gesellschaft verbleibende Aufgaben erledigen können. So hat der Zwangsliquidator auch das Recht, für die Gesellschaft einem Zwangsvergleich zuzustimmen. Ein weiteres Mitwirken von Gesellschaftsseite ist nicht erforderlich; der Vergleichsvorschlag kann von irgend-

138) Darunter fallen die jetzigen und früheren Gesellschafter nach Maßgabe von s.212 C.A.; Legaldefinition in s.213 C.A.

139) Vgl.s.256 (1) C.A.; HALSBURY Bd.6, Nr.1397; die Maßstäbe bei der Aufhebung entsprechen etwa jenen beim Konkurs (Re Telescriptor Syndicate (1903) 2 Ch.174). Es wird also auch darauf ankommen, wie schwerwiegend das fehlerhafte Verhalten der Gesellschaftsorgane war, das zur Zwangsliquidation führte.

140) HALSBURY Bd.6, Nr.1397; re Bristol Victoria Potteries Co. (1872) 20 W.R.569

141) Die Vollmachten der Direktoren erlöschen mit Eröffnung der Zwangsliquidation (s.232 (1) C.A.).

einem Beteiligten stammen; neben der erwähnten Zustimmung des Zwangsliquidators setzt die Wirksamkeit des Vergleichs lediglich die Billigung durch eine qualifizierte Gläubigermehrheit ¹⁴²⁾ und das Gericht voraus ¹⁴³⁾. Der Liquidator kann der früheren Geschäftsführung Entlastung erteilen; damit werden alle Ansprüche gegen sie hinfällig ¹⁴⁴⁾. Die Organe der Zwangsliquidation bleiben auch in Funktion, wenn sich wider Erwarten herausstellt, daß das Aktivvermögen die Gesellschaftsschulden übersteigt. In diesem Falle wird zwar - wenn die Zwangsliquidation wegen Insolvenz eröffnet wurde - meist ein Antrag auf Aufhebung des Verfahrens gestellt und diesem wohl auch stattgegeben werden. Es ist aber durchaus möglich, daß die Gesellschafter trotzdem nicht an einer Weiterverfolgung der Gesellschaft interessiert sind oder andere Gründe einer Fortsetzung entgegenstehen. Auch in einem solchen Falle dauert die Zwangsliquidation an und endet mit der Verteilung des verbleibenden Vermögens unter die contributories ¹⁴⁵⁾.

142) Einfache Mehrheit der Gläubiger und 3/4 der Forderungssumme

143) s.245 (1) (e) C.A.; SCHULZE S.98

144) SCHULZE S.92

145) s.265 C.A.

C. Die Anerkennung eines ausländischen Gesellschaftskonkursverwalters

1. Versuch der gesellschaftsrechtlichen Lösung

a) Grundsatz der Anerkennung der nach dem Zugehörigkeitsrecht eingetretenen gesellschaftsrechtlichen Änderungen

Wie wir feststellen konnten, sind die Einwirkungen des Konkurses auf die Organisation von Gesellschaften in den einzelnen Rechtsordnungen recht vielfältig und unterschiedlich. Es ist nun einhellige Meinung, daß nach dem Zugehörigkeitsrecht eingetretene Änderungen in der Organisation einer Gesellschaft grundsätzlich anzuerkennen sind ¹⁾. RABEL meint, daß man dieses Prinzip gar nicht überbetonen könne ²⁾. Dieser Grundsatz gilt auch für die durch gerichtliche Tätigkeit eingetretenen Änderungen, wie die gerichtliche Abberufung von Mitgliedern der geschäftsführenden Organe ³⁾. Er ist auch für den Konkurs nie bestritten worden, wenn auch aufgrund verschiedener Anschauungen hinsichtlich des materiellen Gesellschaftsrechts und der notwendigen Einschränkungen äußerst unterschiedliche Lösungen von Einzelfragen vertreten wurden ⁴⁾.

Dieser Grundsatz beruht darauf, daß man der Ansicht ist, daß die Rechtsordnung, die die Existenz einer Gesellschaft erst

1) BEITZKE S.135; GRASMANN S.540, Rz.1086; NUSSBAUM S.192; RAAPE S.669; LOUSSOUARN-BREDIN S.811, Nr.719; PERRIN S.168

2) RABEL II S.3

3) Aus diesem Grunde versuchte das LG München (AWD 66/410) eine Anerkennung des Konkursverwalters einer KG dadurch zu erreichen, daß es ihm eine gesellschaftsrechtliche Position als Liquidator übertrug. Zu den Bedenken gegen dieses Vorgehen: s.o.S.44 ff.

4) Lediglich für Organisationsänderungen aufgrund von Enteignungen ist dieser Grundsatz gelegentlich in Abrede gestellt worden (KG JW 25/1300; King's Bench Cl.1926/756). Dabei verwechselte man die Frage der Anerkennung der Enteignung mit der Anerkennung der damit zusammenhängenden Auflösung (so richtig RG 129/98; vgl. auch BEITZKE S.141 ff.; NUSSBAUM S.193, Fn.2).

ermöglicht, auch die Macht haben muß, ihr diese wieder zu entziehen oder - als geringerer Eingriff - deren Organisation nach ihren Vorstellungen auszurichten. Auch für die Gesellschafter ist es wichtig, daß die Gesellschaft hinsichtlich dieser fundamentalen Fragen in allen Staaten gleich behandelt wird ⁵⁾. Im folgenden geht es nun darum, ob auch für die Anerkennung des Verwalters eines Gesellschaftskonkurses solche besonderen gesellschaftsrechtlichen Überlegungen herangezogen werden können.

b) Beschränkung des Einheitsgrundsatzes auf spezifisch gesellschaftsrechtliche Probleme

Eine Anerkennung des ausländischen Konkursverwalters ist nicht schon deshalb angezeigt, weil es sich beim Gemeinschuldner um eine Gesellschaft handelt und sämtliche Rechtsfragen im Zusammenhang mit einer Gesellschaft sich nach dem Zugehörigkeitsrecht richten. Abgesehen davon, daß selbst für den Kernbereich des internationalen Gesellschaftsrechts diese einheitliche Behandlung nicht streng durchgeführt wird und unterschiedliche Kollisionsnormen für Fragen aufgestellt werden, die den inländischen Rechtsverkehr unmittelbar berühren ⁶⁾, war schon immer unbestritten, daß Fragen, die nichts mit den Eigenheiten von Gesellschaften zu tun haben, nach den üblichen Regeln des internationalen Privatrechts zu beurteilen sind, also durchaus nicht immer nach dem Zugehörigkeitsrecht der Gesellschaften. So wird niemand behaupten, daß Verträge, bei denen eine Gesellschaft Vertragspartner ist, immer dem Zugehörigkeitsrecht der Gesellschaft unterliegen würden.

5) Zu den Einschränkungen: vgl. u.S. 73f; über das mögliche Interesse der Gesellschafter an Abweichungen von diesem Prinzip vgl. GRASMANN S.62 ff., Rz.94 ff.

6) s.u.S.74f.; vor allem GRASMANN Rz.615-627

Das wäre schon deshalb unmöglich, weil ja auch der andere Partner eine Gesellschaft sein kann, die einem anderen Recht angehört. Sinn der Verleihung der Rechtspersönlichkeit - und im minderen Maße auch der Zulassung einer sonstigen Organisation - ist es gerade, für diese Organisation eine der Rechtsstellung von natürlichen Personen gleichkommende Position zu schaffen und dieselben Rechtsnormen auf sie anzuwenden, soweit dies die Eigenheiten der Gesellschaft zulassen. Diese Feststellung gilt auch für die Kollisionsnormen. Beim Insolvenzverfahren, also der möglichst gerechten Aufteilung des vorhandenen, nicht für die Befriedigung aller Gläubiger ausreichenden Vermögens durch eine gerichtlich oder unter gerichtlicher Überwachung bestellte Vertrauensperson in einem strengen Formen unterworfenen Verfahren, handelt es sich nun nicht von vorneherein um eine gesellschaftsrechtliche Problematik. Es ist lediglich so, daß im allgemeinen die tatsächliche Auswirkung eines solchen Verfahrens auf Gesellschaften gravierender ist und deshalb einige Sonderregelungen für die Gesellschaften getroffen wurden. Nur soweit diese Besonderheiten gehen, ist auch im internationalen Bereich an eine vom Konkurs natürlicher Personen unterschiedliche Lösung zu denken.

c) Der Umfang der Konkursmasse

Als Argument für die unterschiedliche Behandlung des Verwalters eines Gesellschaftskonkurses wird herangezogen, daß im Gegensatz zum Konkurs natürlicher Personen beim Gesellschaftskonkurs das gesamte Gemeinschuldnervermögen erfaßt werde; die Organe der Gesellschaft würden also jedenfalls im Geschäftsverkehr mit Dritten völlig aus ihrer Stellung verdrängt; der Konkursverwalter rücke völlig in ihre Position ein ⁷⁾. Diese Verdrängung findet aber hinsichtlich des nicht im Konkurseröffnungsstaat belegenen Vermögens nur dann statt, wenn der Belegen-

7) So vor allem: RG 14/412 ff.

heitsstaat sie anerkennt. Das Recht des Konkurseröffnungsstaates ist dabei lediglich insofern von Bedeutung, als eine Anerkennung der Konkursbefangenheit nur dann in Betracht kommt, wenn dieses eine Erfassung in zweifacher Hinsicht vorsieht, nämlich einerseits, daß Vermögensstücke dieser Art zur Konkursmasse gehören, und andererseits, daß sie auch dann erfaßt sein sollen, wenn sie im Ausland belegen sind ⁸⁾. Darüber hinaus den Umfang der Konkursmasse als Kriterium für die Anerkennung der Stellung des ausländischen Konkursverwalters heranzuziehen, ist ein falscher Ansatzpunkt, weil man die positive Beantwortung der Frage nach der Anerkennung bereits voraussetzt ⁹⁾. Die Gründe, die für oder gegen die Anerkennung des Konkursverwalters sprechen, haben mit dem Umfang der Konkursmasse nichts zu tun. So findet auch beim Streit um die Anerkennung des Verwalters von Konkursen natürlicher Personen keinerlei Beachtung, welchen Umfang der Konkurs im Eröffnungsstaat hat, ob danach etwa der Neuerwerb zur Masse gehört oder nicht. Umgekehrt ist zu bedenken, daß das Hauptkriterium im Streit um die Anerkennung, nämlich der Schutz der inländischen Gläubiger ¹⁰⁾, umso problematischer wird, je größer der Anteil des Vermögens ist, das das Konkursstatut zur Masse ziehen will. Ein Rechtssatz nach dem Positionen, die sich auf das gesamte Vermögen einer Person erstrecken sollen, anzuerkennen sind, existiert nicht. Abgesehen davon, daß damit auch nicht bei allen Gesellschaftskonkursen eine Lösung erzielt werden könnte, weil - wie das deutsche Recht zeigt - auch beim Gesellschaftskonkurs konkursfreies Vermögen schon nach dem internen Recht vorhanden sein kann, wäre eine solche Kollisionsnorm auch unhaltbar. So würde niemand auf den Gedanken kommen, ausländischen Behörden oder Organen, die eine Enteignung durchführen, welche sich auf das gesamte

8) FÖRGER S.138; GRASMANN S.554, Rz.1125; NADELMANN HLR Bd. 59/1025

9) ebenso BLEY JW 37/1508

10) vgl.u. Teil D, vor allem S. 95 ff.

Vermögen einer Gesellschaft erstrecken soll, die Einziehung des in Deutschland belegenen Vermögens zuzugestehen ¹¹⁾ oder einem ausländischen Gerichtsvollzieher die Tätigkeit in Deutschland deshalb zu gestatten, weil er das letzte Vermögensstück einer schuldnerischen Gesellschaft pfänden möchte. Umgekehrt wird ein Pfleger, dessen Aufgabenbereich sich lediglich auf die Verwaltung eines Teils des Vermögens des Pfleglings, etwa auf die Führung eines dem Pflegling gehörenden Geschäfts, bezieht, anerkannt ¹²⁾. Entscheidend ist also die Art der Befugnis, nicht der gewünschte Umfang ¹³⁾, die Erweiterung des Umfangs der Konkursmasse beim Gesellschaftskonkurs im Verhältnis zum Konkurs natürlicher Personen ist deshalb als Gesichtspunkt für die Anerkennung des Gesellschaftskonkursverwalters unbrauchbar.

Sie kann auch nicht in der Form HOFSTETTERS herangezogen werden, der meint, auf Grund der völligen Erfassung des Gesellschaftsvermögens für den Konkurs wüßten die Gesellschaftsorgane nicht, daß sie bezüglich des in Deutschland belegenen Vermögens noch tätig werden könnten. Wenn man also dem Gesellschaftskonkursverwalter nicht die Befugnis geben würde, es zur Masse zu ziehen, würde es überhaupt nicht verwendet ¹⁴⁾. Diese Argumentation würde aber auch auf den Konkurs natürlicher Personen zutreffen. Auch dort kann es vorkommen, daß der Gemeinschuldner meint, der Konkursbeschlagnahme werde anerkannt, und deshalb einen nach dem Konkursstatut zur Masse gehörenden, in einem den ausländischen Konkurs nicht anerkennenden Staat belegenen Gegenstand nicht verwendet. Diese Begründung könnte also allenfalls

11) KEGEL IPR S.392; NUSSBAUM S.305; RAAPE S.656

12) vgl. KEGEL in SOERGEL-SIEBERT Art.23, Rz.13

13) Abgesehen davon, daß die Erstreckung aufs Inland Voraussetzung für eine Anerkennung ist, vgl.o.S. 66 oben

14) HOFSTETTER AWD 62/81

zur Anerkennung der Befugnisse des ausländischen Konkursverwalters allgemein herangezogen werden ¹⁵⁾. Mit den Besonderheiten des Gesellschaftskonkurses hat sie nichts zu tun.

d) Verlust der Rechtsfähigkeit

Einen Verlust der Rechtsfähigkeit durch die Konkurseröffnung konnten wir nur bei den deutschen juristischen Personen des BGB feststellen. Die Anerkennung dieses Verlustes durch einen ausländischen Staat muß nicht zugleich zur Anerkennung des Konkurses führen. Sowohl ein Gesellschaftskonkurs ohne Verlust der Rechtsfähigkeit als auch ein Verlust der Rechtsfähigkeit ohne Konkurs sind möglich. Es handelt sich also um trennbare Erscheinungen. Eine Notwendigkeit, mit der Anerkennung des Verlustes der Rechtsfähigkeit den Konkurs und damit die Befugnisse des Konkursverwalters anzuerkennen, ergibt sich daher nicht.

Die Anerkennung des Konkurses ist auch nicht deshalb angezeigt, weil auf Grund des Verlustes der Rechtsfähigkeit Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Gesellschaft nicht mehr möglich wären, eine Anerkennung daher das kleinere Übel wäre. Soweit der Ausschluß der Vollstreckung auf den Konkursvorschriften beruht, handelt es sich sowieso nicht um Besonderheiten des Konkurses beim Verein oder bei der Stiftung, die eine unterschiedliche Behandlung bei der Anerkennung rechtfertigen würden. Dem Vereinsrecht selbst ist ein Entzug der passiven Vollstreckungsfähigkeit aber nicht zu entnehmen. In § 49 II BGB

15) ebenso KEGEL in SOERGEL-SIEBERT, v. Art.7, Rz.424

ist vielmehr ausdrücklich festgelegt, daß die Rechtsfähigkeit soweit erhalten bleibt, als es sich um die Abwicklung der bis zum Eintritt des Verlustes getätigten Geschäfte handelt ¹⁶⁾.

e) Auflösung

Ebenso wie der Verlust der Rechtsfähigkeit ist die Auflösung vom Konkurs trennbar. Wie wir am Beispiel der französischen Regelung gesehen haben, ist ein Konkurs ohne Auflösung durchaus denkbar. Daß der Konkurs nicht alleiniger Grund für die Auflösung von Gesellschaften ist, ist eine Selbstverständlichkeit. Eine Anerkennung der Auflösung braucht also eine Anerkennung des Konkurses nicht umfassen.

f) Liquidatorenstellung des Konkursverwalters

Hauptargument der Befürwortung der gesellschaftsrechtlichen Lösung ist die angebliche Liquidatorenstellung des Gesellschaftskonkursverwalters. Dieses Argument trifft aber bei den meisten Rechtsordnungen schon aus materiell-rechtlichen Gründen nicht zu.

aa) Deutsches Recht

Im deutschen Recht tritt zwar durch den Konkurs die Auflösung ein. Dem Konkursverwalter obliegt jedoch nicht die Aufgabe, die Gesellschaft voll abzuwickeln. Seine Befugnisse werden wie im Konkurs über das Vermögen einer natürlichen Person lediglich durch das Konkursrecht bestimmt; sie beschränken sich auf Maßnahmen zur Gläubigerbefriedigung aus dem bei Konkursöffnung vorhandenen Vermögen. Daneben ist schon während

16) Sollte eine Rechtsordnung eine entgegengesetzte Regelung vertreten und mit dem Entzug der Rechtsfähigkeit auch den Entzug der passiven Vollstreckungsfähigkeit verbinden, so würde dies in Deutschland nicht anerkannt (vgl. u.S. 74).

des Konkurses eine Tätigkeit von Gesellschaftsorganen nach außen möglich; die Verwaltung und Liquidierung von Neuerwerb obliegt ihm nicht. Er kann auch nicht bei einer eventuell noch erforderlichen Verteilung von nach Konkursende verbleibendem Gesellschaftsvermögen unter die Gesellschafter oder sonstigen Anfallsberechtigten tätig werden. Damit unterscheidet sich seine Position nicht von der eines Verwalters eines Konkurses über das Vermögen einer natürlichen Person. Es ist also auch kein Grund ersichtlich, ihn kollisionsrechtlich unterschiedlich zu behandeln.

bb) Schweiz

Dasselbe trifft für das Schweizer Recht zu. Hier ist zwar konkursfreies Vermögen nach internem Recht nicht vorgesehen. Der Konkursverwalter ist also für die Verwaltung des gesamten Gesellschaftsvermögens zuständig. Von einer Liquidatorenstellung kann jedoch nicht gesprochen werden, weil ihm eine umfassende Abwicklungsbefugnis nicht zukommt. Er kann nur auf Grund der Konkursvorschriften zur Gläubigerbefriedigung tätig werden. Dies ist keine spezifisch gesellschaftsrechtliche Funktion; gerade bei der gesellschaftsrechtlichen Seite der Liquidation, der Verteilung des verbleibenden Vermögens unter die Gesellschafter, hat er keinerlei Befugnisse. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß ein Konkurs nur dann stattfindet, wenn eine solche Tätigkeit nicht erforderlich sei, weil der Konkurs nur dann eröffnet oder aufrechterhalten werde, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht einmal mehr zur vollen Gläubigerbefriedigung ausreiche. Damit zeigt sich vielmehr gerade, daß dem Gesellschaftskonkursverwalter lediglich eine konkursrechtliche, nicht aber eine besondere gesellschaftsrechtliche Position zukommt.

cc) Frankreich

Im französischen Recht tritt nicht einmal die Auflösung ein; den Konkursverwalter als Liquidator zu bezeichnen, ist schon

deshalb nicht richtig. Die Position des Gesellschaftskonkursverwalters unterscheidet sich vom sonstigen Konkursverwalter lediglich dadurch, daß er sämtliches Vermögen des Gemeinschuldners zu verwalten hat und nicht ein Teil dem Gemeinschuldner für persönliche Bedürfnisse zur Verfügung steht, weil es solche persönlichen Bedürfnisse bei Gesellschaften nicht gibt. Der Unterschied beschränkt sich also auch hier auf den Umfang der Konkursmasse; dies rechtfertigt jedoch - wie wir gesehen haben - eine unterschiedliche internationalrechtliche Behandlung nicht.

dd) England

Anders liegt die Sache beim englischen Insolvenzverfahren über Gesellschaften, dem compulsory winding-up. Hier konnten wir feststellen, daß dem liquidator, anders als dem receiver beim Konkurs einer natürlichen Person, eine umfassende Gesamtfürsorge für die Abwicklung der Gesellschaftsgeschäfte zukommt, und zwar nicht nur soweit sie der Gläubigerbefriedigung dienen. Dabei ist es nicht so, daß er neben der Verwaltung der Konkursmasse auch die des konkursfreien Vermögens übertragen bekommt; eine solche Unterscheidung der Vermögensmassen existiert nicht. Der wesentliche Unterschied zum receiver und auch zu den bisher besprochenen Gesellschaftskonkursverwaltern in Deutschland, der Schweiz und Frankreich liegt nicht in der Übertragung weiterer Vermögensteile, sondern in der Erweiterung der möglichen Zweckrichtung seiner Tätigkeit. Ebenso wie für die üblichen Liquidatoren ist die Gläubigerbefriedigung nur die vorab zu erfüllende, nicht aber die einzige Aufgabe. Es obliegt ihm vielmehr auch die rein gesellschaftsinterne Funktion der Auseinandersetzung der Gesellschafter untereinander. Diese Liquidatorenstellung spricht nach dem Grundsatz der Maßgeblichkeit des Zugehörigkeitsrechts für Fragen der Gesellschaftsorganisation für die Anerkennung der Vertreterstellung des Zwangsliquidators und damit auch der Verfügungsbefugnis hinsichtlich des in Deutsch-

land belegenen Vermögens. Nicht unter diese Argumentation fallen andere Auswirkungen der Eröffnung der Zwangsliquidation, wie z.B. das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung nach s.228 (1) C.A., da insoweit dem Konkursverfahren gleiche, nicht spezifisch gesellschaftsrechtliche Regelungen vorliegen, die deshalb auch nicht nach den Maßstäben des internationalen Gesellschaftsrechts beurteilt werden können.

2. Einwände gegen die unterschiedliche Behandlung des Verwalters eines Gesellschaftsinsolvenzverfahrens aufgrund seiner Liquidatorenstellung

a) Praktische Bedenken

Gegen eine unterschiedliche Behandlung des englischen Zwangsliquidators spricht, daß trotz der weiteren, gesellschaftsrechtlichen Position in den weitaus meisten Fällen der Eröffnung der Zwangsliquidation aufgrund von Insolvenz doch praktisch nur dieselben Aufgaben wahrgenommen werden wie von den Gesellschaftskonkursverwaltern anderer Rechtsordnungen. Die Vermögenslage der Gesellschaft läßt im Normalfalle etwas anderes nicht zu. Die rechtlich unterschiedliche Ausgestaltung seiner Funktionen ist also praktisch kaum erheblich.

Weiter ist zu bedenken, daß sich für den inländischen Gläubiger diese Anerkennung genauso auswirkt wie die Anerkennung eines ausländischen Konkursverwalters. Immer wird das im Inland belegene Vermögen zur ausländischen Masse verbracht, und ausschließlich in dem dortigen Verteilungsverfahren werden Gläubiger dann Befriedigung erlangen können. Es fragt sich daher, ob der Einheitsgrundsatz des internationalen Gesellschaftsrechts so stark ist, daß er einer eventuell entgegenstehenden Regelung des internationalen Konkursrechts bei einer Problematik, die der Anerkennung sonstiger ausländischer Konkursverwalter so eng verwandt ist, vorgehen würde.

b) Einschränkungen der Anerkennung des Zugehörigkeitsrechts

Bei einer Überprüfung des internationalen Gesellschaftsrechts zeigt sich, daß der Grundsatz der Anwendung des Zugehörigkeitsrechts erhebliche Ausnahmen kennt. Selbst ein so heftiger Befürworter der Einheitslehre wie RABEL läßt Beschränkungen zu: So erkennt er an, daß ein gerichtliches Vorgehen gegen eine nach Zugehörigkeitsrecht untergegangene Gesellschaft möglich ist, wenn noch Vermögen der Gesellschaft vorhanden ist oder nachträglich gefunden wird, selbst wenn das Zugehörigkeitsrecht eine solche Möglichkeit nicht vorsieht ¹⁷⁾. Nach diesem Grundsatz wurde auch von einem deutschen Gericht entschieden, daß eine englische Gesellschaft, die nach englischem Recht aufgelöst und beendet war, auf deren Namen aber in Deutschland noch Immobilien eingetragen waren, von einem deutschen Gläubiger, der im Liquidationsverfahren nicht befriedigt worden war, verklagt werden konnte ¹⁸⁾. In England wurde diese Regel für das Zwangsliquidationsverfahren sogar gesetzlich in s.400 C.A. fixiert.

Einschränkungen werden auch hinsichtlich des Umfanges der Rechtsfähigkeit und der Vertretungsmacht getroffen. Sieht das Zugehörigkeitsrecht Beschränkungen vor, die das Wirkungs- oder Vornahmestatut nicht kennen, so sind sie nicht anzuerkennen oder wenigstens gutgläubigen Dritten nicht entgegen-

17) RABEL II S.86

18) OLG Frankfurt v.1.11.1907, OLGRspr.16/100; vgl.auch BGH WM 58/557 ff., BEITZKE S.140; GRASMANN S.551, Rz.1115

Das OLG Frankfurt begründet seine Ansicht damit, daß es dem deutschen ordre public angehöre, daß eine Gesellschaft nicht untergehen könne, solange sie Vermögen besitze. Das Vermögen könne nicht herrenlos werden. Es erscheint jedoch fraglich, ob das Gericht genauso entschieden hätte, wenn nicht ein Gläubiger, sondern ein Gesellschafter geklagt hätte.

zuhalten ¹⁹⁾. Ebenso greifen inländische Verkehrsschutzbestimmungen hinsichtlich des Übergangs der Vertretungsmacht auf andere Personen oder der Umwandlung einer Einzel- in eine Gesamtvertretung ein. Dabei sind die inländischen Gutgläubensvorschriften anwendbar. So kann sich bei einer Handelsgesellschaft mit einer Zweigniederlassung im Inland jedermann auf den Inhalt der inländischen Registereintragung verlassen. Auch die Grundsätze über Duldungs- und Anscheinsvollmacht finden Anwendung ²⁰⁾. GRASMANN ist darüberhinaus der Ansicht, daß grundsätzlich dann, wenn nicht nur die Verhältnisse der Gesellschafter untereinander berührt sind, sondern auch die Betätigung der Gesellschaft nach außen zur Frage steht, nicht nur das Zugehörigkeitsrecht, sondern auch das Vornahme- und das Wirkungsstatut zu berücksichtigen sind und jeweils das verkehrsgünstigste oder - wenn die Gegenleistung nicht gesichert ist - das drittgünstigste Statut zur Anwendung kommt ²¹⁾.

Allen diesen Überlegungen ist gemeinsam, daß die Anwendung des Zugehörigkeitsrechts und die Anerkennung der danach eingetretenen Rechtsänderungen dort ihre Grenzen finden, wo der inländische Verkehrs- und Gläubigerschutz einsetzt. Lediglich über das Ausmaß der Einschränkungen bestehen Differenzen. Beim Konkursrecht handelt es sich aber um ein Gebiet, bei dem der Gläubigerschutz ganz im Vordergrund steht. Aus diesem Grund kommt ihm auch im internen Recht der Vorrang vor gesellschaftsrechtlichen Erwägungen zu. Die Gesellschaftsorganisation wird deshalb aus einem erheblichen Teil ihrer Aufgaben zugunsten der Konkursorgane verdrängt. Ebenso müssen auch im internationalen Bereich konkursrechtliche Erwägungen den

19) OLG Hamm IPRspr.1916/17, S.102, Nr.27; BEITZKE S.118; NUSSBAUM S.191, Fn.6; DÖLLE RabelsZ 52/161; HEYERS, vor allem S. 2 f.; GRASMANN Rz.865, 901

20) BEITZKE S.121; zur Anwendung der inländischen Gutgläubensvorschriften allgemein: RAAPE S.595, 625.

21) GRASMANN S.573 ff., Rz.1182 ff.

Vorrang vor gesellschaftsrechtlichen haben. Wenn also - wie beim englischen Zwangsliquidator - konkursrechtliche und gesellschaftsrechtliche Positionen untrennbar zusammenfallen, so kann die gesellschaftsrechtliche Lösung nur dann Bestand haben, wenn sie der konkursrechtlichen nicht widerspricht. Sollte also der deutsche Gesetzgeber für das internationale Konkursrecht bestimmt haben, daß eine Anerkennung der Stellung eines ausländischen Konkursverwalters nicht in Frage kommt, weil er der Ansicht war, daß sonst die inländischen Gläubiger nicht hinreichend geschützt seien, so kann man auch beim englischen Zwangsliquidator nur zu einer Ablehnung der Anerkennung kommen ²²⁾.

Zusammenfassung

Eine Anerkennung des Gesellschaftskonkursverwalters kann über gesellschaftsrechtliche Erwägungen nicht erreicht werden. Einerseits sehen schon die meisten Rechtsordnungen eine von der Stellung des Verwalters im Konkurs über das Vermögen einer natürlichen Person unterschiedliche Position, die eine unterschiedliche kollisionsrechtliche Behandlung rechtfertigen könnte, für ihn nicht vor. Auch soweit ihm das Zugehörigkeitsrecht eine gesellschaftsrechtliche Position zuweist, die eine Anwendung des Einheitsgrundsatzes des internationalen Gesellschaftsrechts in Erwägung ziehen läßt, müssen doch die Entscheidungen des internationalen Konkursrechts als vorrangig anerkannt werden. Eine Anerkennung kann letztlich also nur auf diesem beruhen.

22) im Ergebnis ebenso: HAGEMANN S.37

D. Die Stellung des ausländischen Konkursverwalters im internationalen Konkursrecht

I. Die Befugnis, inländische Vermögensstücke zur ausländischen Konkursmasse zu ziehen sowie Aktivprozesse zu führen

Wie recht häufig im internationalen Privatrecht finden sich auch im internationalen Konkursrecht nur sehr spärliche gesetzliche Regelungen. Zwar geht aus § 1 KO i.V.m. § 238 KO hervor, daß der inländische Konkursverwalter - wenn der Gemeinschuldner in Deutschland einen allgemeinen Gerichtsstand hat - auch im Ausland belegenes Vermögen jedenfalls dann zur Masse ziehen muß, wenn der Belegenheitsstaat dies zuläßt ¹⁾. Beim Auslandskonkurs ist dagegen die Rechtslage unklar. Nirgends wird dem ausländischen Konkursverwalter ausdrücklich verboten, im Inland belegenes Vermögen zur ausländischen Masse zu ziehen und diesbezüglich Aktivprozesse zu führen; ebenso wird ihm dies aber auch nirgends ausdrücklich gestattet. Der Wortlaut des § 237 KO besagt nur, daß die Einzelzwangsvollstreckung in inländisches Vermögen weiterhin zulässig ist; § 238 KO, vor allem Abs.3, der bei Vorliegen eines Auslandskonkurses sogar die Eröffnungsvoraussetzungen erleichtert, indem er den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit erläßt, bestimmt, daß eine deutsche Konkurseröffnung durch eine vorhergehende ausländische nicht gehindert wird. Unklar bleibt aber, ob damit nur Ausnahmen von der grundsätzlich auch beim Auslandskonkurs geltenden Universalität festgelegt werden sollten, oder ob diesen Vorschriften zu entnehmen ist, daß ausländische Konkurse hinsichtlich des im Inland belegenen Vermögens keinerlei Wirkung äußern, der ausländische Konkursverwalter also keine Verfügungsbefugnis darüber hat und es

1) JÄGER-LENT § 1, Rz.71; MENTZEL-KUHN § 1, Rz.6, 107, § 237, Anm.1; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 237, Anm.1; WEBER KTS 69/95 (99); vgl. auch Teil B, S.45, Fn.94.

auch dann nicht zur Konkursmasse ziehen darf, wenn es nicht von inländischen Vollstreckungsmaßnahmen erfaßt wird ²⁾.

Für beide Meinungen werden im Wege der systematischen Auslegung allgemeine Rechtssätze und Parallelen zu anderen Rechtsinstituten herangezogen, die die grundsätzliche Geltung der Territorialität oder der Universalität im internationalen Konkursrecht dartun sollen, um damit die Anerkennung oder Nichtanerkennung der Einziehungsbefugnis des ausländischen Konkursverwalters zu begründen. Wie sich jedoch herausstellen wird, können diese Versuche nicht zu einer Entscheidung der angeschnittenen Frage führen, da entweder diese Rechtssätze gar nicht existieren oder gerade an entscheidenden Punkten erhebliche Abweichungen zwischen dem Konkurs und den verglichenen Instituten bestehen ³⁾.

1. Begründungen der grundsätzlichen Territorialität

a) Die Konkurseröffnung als Hoheitsakt

Die Geltung des Territorialitätsprinzips hinsichtlich ausländischer Konkurseröffnungen wird häufig damit begründet, daß es sich um Hoheitsakte handle, die aus Souveränitätserwägungen heraus keine Anerkennung im Inland finden könnten ⁴⁾. Wäre aber eine Auslandswirkung eines Hoheitsaktes generell nicht möglich, so müßte dies auch für die deutsche Konkurseröffnung gelten. Es wäre dann völlig sinnlos, daß die deutsche Konkursordnung eine Erstreckung des inländischen Konkursbeschlags auf ausländisches Vermögen vorsieht ⁵⁾. Es ist aber mit der modernen

2) vgl. Einleitung S.2, Fn. 4 und 5

3) RINGLEB S.76

4) RGZ 21/7; 24/338; 52/155; 100/242; BGHZ 25/129; 25/143; 21/171; OLG München AWD 56/24; v.BAR S.199; de BOOR-ERKEL S. 240; KOHLER Lehrbuch S.603; JÄGER § 237; Anm.1; MENTZEL-KUHN § 237, Anm.1

5) ebenso MÜLLER-FREIENFELS S.364

Völkerrechtslehre ⁶⁾ und der Rechtssprechung des internationalen Gerichtshofs ⁷⁾ davon auszugehen, daß eine Erstreckung der Wirksamkeit inländischer Hoheitsakte auf ausländische Sachverhalte möglich ist, wenn der betroffene Staat kraft seiner Souveränität zustimmt. Auch Entmündigungen und Bestellungen von Vormündern werden anerkannt. Für die Zustimmung ist nicht erforderlich, daß sie expressis verbis geschieht; vielmehr ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch eine stillschweigende Zustimmung ausreichen soll ⁸⁾. Damit sind wir aber wieder bei dem Problem angelangt, ob unserer Konkursordnung eine Zustimmung für eine beschränkte Anerkennung zu entnehmen ⁹⁾ oder § 237 KO als ausdrückliche Versagung der Zustimmung zu werten ist ¹⁰⁾. Dem Umstand, daß es sich bei der Konkurseröffnung um einen Hoheitsakt handelt, ist jedenfalls nicht zu entnehmen, daß eine Nichtanerkennung unumgänglich ist ¹¹⁾.

b) Die Verwandtschaft zur Enteignung

Als Grund für die vollkommene Nichtanerkennung ausländischer Konkurse wird auch die Vergleichbarkeit des Konkursbeschlages mit der Beschlagnahme durch staatliche Konfiskationsmaßnahmen unter Enteignung, denen allgemein extraterritoriale Wirkung abgesprochen wird, angeführt ¹²⁾. Zwar kann als geklärt gelten, daß auch die Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters auf der Beschlagnahme beruht ¹³⁾, in sämtlichen neueren Schriften zu diesem Problem wird jedoch die tatsächliche Vergleichbarkeit der Konkursbeschlagnahme mit diesen

6) BERBER Bd.I, S.383; vgl. auch BEITZKE JZ 56/573; WOLFF IPR S.14; NIOYET Bd.I, S.63

7) vgl. PCPJ, série A, Nr.10, S.19

8) HAGEMANN KTS 60/163

9) so HAGEMANN KTS 60/163

10) so BGH KTS 62/173; vgl. auch KLEINFELLER NieZ 13/557

11) FÖRGER S.121 ff; RINGLEB S.72

12) BGHZ 9/38; 12/84; 13/108; 17/78; 18/8; 20/4; 23/233; 25/129; 31/171; KUHN MDR 60/578

13) HAGEMANN S.95; a.A. HESS S.28

anderen Beschlagnahmen verneint ¹⁴⁾. Zurecht wird darauf hingewiesen, daß sich mit der Enteignung im allgemeinen die Vorstellung von etwas nicht zu Billigendem, jedenfalls etwas Außerordentlichem, verbindet ¹⁵⁾. Bei der Enteignung beruhen schon die Gründe, die zur Beschlagnahme führen, auf Vorstellungen des öffentlichen Rechts. Dem öffentlichen Recht entspringende Forderungen können jedoch grundsätzlich in fremden Staaten nicht geltend gemacht werden ¹⁶⁾. Demgegenüber wird das Konkursverfahren vom Privatrecht her bestimmt. Zwar können auch dort öffentlich-rechtliche Forderungen geltend gemacht werden ¹⁷⁾. Das Konkursverfahren ist jedoch nicht darauf abgestellt, sondern dient der Durchsetzung von Forderungen ganz allgemein, in erster Linie also dem besten Interessenausgleich zwischen den Gläubigern privatrechtlicher Forderungen untereinander und im Verhältnis zum Gemeinschuldner. Das Interesse des Staates ist dabei nur das allgemeine Interesse des Staates an der Wahrung der Gerechtigkeit zur Erhaltung des Rechtsfriedens und damit indirekt auch an der gedeihlichen Entwicklung der wirtschaftlichen Beziehungen. Ein vergleichbares Interesse finden wir bei allen gerichtlichen Eingriffen in privatrechtliche Verhältnisse, so z.B. auch im Gesellschaftsrecht bei der gerichtlichen Einsetzung von Geschäftsführern oder Liquidatoren oder im Familienrecht bei der Einsetzung von Vormündern oder Pflegern. Niemand würde auf den Gedanken kommen, wegen des staatlichen Interesses an diesen Vorgängen und des damit verbundenen staatlichen Eingreifens diese nicht anerkennen

14) HAGEMANN KTS 60/163; MÜLLER-FREIENFELS S.366; RINGLEB S.73; FÖRGER S.126 ff.; KEGEL in SOERGEL-SIEBERT, v.Art.7, Rz.420

15) BEITZKE JZ 56/573

16) KEGEL IPR S.388

17) Einer schottischen Konkursöffnung, die lediglich dazu diente, eine Steuerforderung durchzusetzen, wurde deshalb in Irland die Anerkennung verweigert (Peter Bachanan Lfd.v.McVey (1950) ((1955)) A.C.516).

Vgl. auch die Lösung des Entwurfes für das EWG-Konkursabkommen (KTS 71/167) der in Art.42 vorsieht, daß Steuerforderungen, Forderungen der sozialen Sicherheit und andere als zivil- und handelsrechtliche Forderungen zwar auch aus dem in anderen Staaten belegenen Vermögen befriedigt werden können, nicht jedoch als bevorrechtigte Forderungen.

zu wollen. Da aber auch beim Konkurs das Privatinteresse im Vordergrund steht, kann der Umstand des staatlichen Eingriffs nicht ausreichen, die Nichtanerkennung zu begründen. Eine Vergleichbarkeit zu den Konfiskationsmaßnahmen besteht wegen der Unterschiedlichkeit der Zielrichtung nicht.

c) Der Konkurs als Institut des Prozeßrechts

Für die Territorialität des Konkurses scheint die Zugehörigkeit zum Prozeßrecht und seine Verwandtschaft zur Einzelzwangsvollstreckung zu sprechen. Ebenso wie im Prozeßrecht ausschließlich die lex fori gelte, sei auch im Vollstreckungs- und damit auch im Konkursrecht die Territorialität das an sich angemessene Prinzip ¹⁸⁾. Soweit hier der Vergleich zum Prozeßrecht gezogen wird, ist zu bemerken, daß die Territorialität dort nicht ausschließlich gilt; nicht immer ist dort die lex fori anzuwenden. So sieht z.B. § 55 ZPO vor, daß sich die Prozeßfähigkeit, ein Begriff des Prozeßrechts, nicht ausschließlich nach deutschem Recht bestimmt. Auch bei der Parteifähigkeit kann als gesichert betrachtet werden, daß das ausländische Recht mit zu berücksichtigen ist ¹⁹⁾. In den Fällen sogenannter sachrechtsbezogener Verfahrensnormen wird die Richtigkeit der These, daß im Prozeßrecht ausschließlich die lex fori gelte, nachdrücklich bekämpft ²⁰⁾. Ein Rechtsatz, nach dem im internationalen Prozeßrecht ausschließlich die Territorialität herrscht, kann also nicht festgestellt werden ²¹⁾. Wie überall im internationalen Privatrecht liegen die richtigen Ergebnisse wesentlich differenzierter. Die Ein-

18) KISCH S. 82

19) OLG Hamburg OLGRspr.9/253; PAGENSTECHER ZZP 64/251 ff.; ROSENBERG-SCHWAB § 43 I 2, S.181; GRASMANN S.437 ff., Rz.856-864

20) v.CRAUSHAAR S.1

21) PAGENSTECHER ZZP 64/251

ordnung ins Prozeßrecht reicht daher zur Nichtanerkennung des ausländischen Konkurses nicht aus.

d) Die Parallele zur Einzelzwangsvollstreckung

Bezüglich der Einzelzwangsvollstreckung gilt unbestritten die Territorialität. Die Verwandtschaft des Konkurses zur Einzelzwangsvollstreckung kommt also als Argument für die Territorialität des Konkurses durchaus in Betracht. Bei beiden Verfahren handelt es sich um staatliche Maßnahmen zur Gläubigerbefriedigung. Es fragt sich aber, ob diese Gemeinsamkeit auch bei der Frage der räumlichen Geltung im internationalen Bereich von Bedeutung ist. FÖRGER sieht bereits in dem Umstand, daß der Konkurs in einem eigenen Gesetz und nicht in der Zivilprozeßordnung behandelt wird, einen Hinweis dafür, daß diese Parallele nicht gezogen werden kann ²²⁾. Hierbei handelt es sich jedoch um eine bloße Äußerlichkeit, die nicht für eine unterschiedliche Behandlung der Insolvenzverfahren ausreicht. Dies zeigt sich schon daran, daß auch die Zwangsverwaltung, die eindeutig der Einzelzwangsvollstreckung zuzurechnen ist und bei der wie bei den sonstigen Arten der Einzelzwangsvollstreckung die Territorialität gilt, in einem eigenen Gesetz geregelt ist.

Trotzdem muß man zu dem Schluß kommen, daß Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs gerade auf dem Gebiet der räumlichen Geltung nicht miteinander vergleichbar sind. Bei der Einzelzwangsvollstreckung besteht schon im innerstaatlichen Recht kein Bedürfnis, andere Organe tätig werden zu lassen, als die, in deren Distrikt die Vollstreckungsmaßnahmen vorzunehmen sind. Die Zuständigkeiten für die Einzelzwangsvollstreckung sind territorial an den Vornahmeort gebunden ²³⁾. Im internationalen Bereich hat deshalb unser Gesetz auch keinen Ver-

22) FÖRGER S.126

23) vgl. § 764 ZPO

auch unternommen, eine internationale Zuständigkeit für Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen im Ausland zu begründen, wie es beim Konkurs durch § 1 KO i.V.m. § 238 KO der Fall ist. Eine solche Erstreckung stand auch nie zur Diskussion. Die Zuständigkeit für den Konkurs hingegen wird - jedenfalls innerhalb Deutschlands - durch einen zentralen Anknüpfungspunkt für das gesamte, wo auch immer belegene Vermögen des Schuldners bestimmt ²⁴⁾. Die Überlegungen, die zur ausschließlichen Zuständigkeit im internen Recht geführt haben, können zwar wegen der möglichen Nachteile der Anerkennung ausländischer Konkursverfahren ²⁵⁾ nicht ohne weiteres auf den internationalen Bereich ausgedehnt werden ²⁶⁾; es zeigt sich aber dadurch, daß gerade hinsichtlich der Frage des räumlichen Wirkungsbereichs eine Parallele zwischen Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs nicht gezogen werden kann, da sich bei der Einzelzwangsvollstreckung das Problem der räumlichen Erstreckung ins Ausland von vornherein nicht stellt.

Zusammenfassung

Es ist festzuhalten, daß die Territorialität des Konkurses allgemeinen Grundsätzen unseres Rechts nicht zu entnehmen ist.

2. Begründungen der grundsätzlichen Universalität

a) Die Einheitlichkeit des Vermögens

Vor allem in Frankreich wird die Einheitlichkeit des Vermögens zur Begründung der Universalität herangezogen ²⁷⁾. Diese könne

24) vgl. §§ 71, 1 KO

25) vgl. u.S. 95 ff.

26) vgl. MEILI Lehrbuch S.64, Anm.1

27) Cour d'Appel Paris v.22.7.1929, Cl.29/1095; TRAVERS, L'Unité de la Faillite Nr.15; WEISS S.858 ff.

auch im Konkurs nicht getrennt werden. Diese Begründung ist jedoch lediglich eine Behauptung. Schon im innerstaatlichen Recht unterliegen die verschiedenen Vermögenswerte, bewegliche und unbewegliche, körperliche und unkörperliche, unterschiedlicher Bewertung und Behandlung. Erst recht kann man von einer rechtlichen Einheit des Vermögens nicht sprechen, wenn sich die einzelnen Vermögenswerte im Herrschaftsbereich verschiedener Rechtsordnungen befinden²⁸⁾.

b) Die Konkursmasse als Rechtssubjekt

Die Begründung der Universalität damit, daß die Masse selbst ein Rechtssubjekt, eine vom Staat erzwungene und organisierte Vereinigung sei, die im Ausland wie andere juristische Personen anzuerkennen sei und deren gesetzliche Vertretung (durch den Konkursverwalter) sich nach den Vorschriften ihrer Heimatrechtsordnung, also nach dem Konkursstatut richte²⁹⁾, begegnet schon insofern Bedenken, als nach den innerstaatlichen Rechten häufig so wie in Deutschland eine solche Verselbständigung der Konkursmasse nicht eintritt³⁰⁾. Außerdem ist mit der Anerkennung der gesetzlichen Vertretung einer juristischen Person noch lange nicht gesagt, daß auch die Zuordnung von inländischen Vermögenswerten zu einer solchen juristischen Person anerkannt wird³¹⁾. Damit bleibt aber das eigentliche

28) KLEINFELLER NieZ 13/522; SAFA S.26; VALENSI S.293

29) ROLIN Rec.d.Cours 1926/35 ff.; vgl. dazu VALENSI S.294

30) JÄGER-LENT Vorb.v. § 6, Anm.III 2; MENTZEL-KUHN § 6, Anm.2; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 6, Anm.2; a.A. für das deutsche Recht: v.HELLWIG S.308 ff.; v.VÖLDERNDORFF I S.41

31) Die Befugnisse des ausländischen Konkursverwalters hinsichtlich des im Eröffnungsstaat belegenen Vermögens werden auch ohne diese Konstruktion anerkannt (RG 14/426; 114/82; RG LZ 15/1588; JÄGER-LENT § 1, Rz.2; vgl.o.S.45, Fn.94).

Eine andere Meinung wurde lediglich in der Schweiz vertreten (Bezirksgericht Liestal v.23.2.56 und Obergericht Basel-Land v.23.11.56, Basler Jur.Mitt. S.35, bzw. S.45). Dazu die berechtigte heftige Kritik von NADELMANN KTS 58/103.

Problem, nämlich, was mit den inländischen Vermögenswerten geschieht, weiter offen.

c) Die Ausdehnung der Rechtskraft

Im französischen Schrifttum wird auch die Ausdehnung der Rechtskraft zur Lösung des Streites zwischen Territorialisten und Universalisten herangezogen ³²⁾. Dem wird mit Recht entgegengehalten, daß diese Ausdehnung selbst kein allgemeines Prinzip sei, sondern nur aus anderen Gründen resultieren könne ³³⁾. Die Rechtskraft erstreckt sich auf im Inland belegene Werte nur, wenn die Rechtsordnung des Belegenheitsstaates diese Erstreckung aus irgendwelchen Gründen anerkennt. Diese Argumentation läuft also darauf hinaus, daß man durch den Ersatz der Worte "Anerkennung der Konkurswirkung" durch "Anerkennung der Rechtskraft" das gewünschte Ergebnis zu rechtfertigen sucht ³⁴⁾.

d) Die Tatsachenwirkung der Konkurseröffnung

Auch die Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Vollstreckungswirkung der Entscheidung über die Konkurseröffnung und die schon an sich recht zweifelhafte Anerkennung der Tatsachenfeststellung ³⁵⁾ führen nicht zur Universalität. Festgestellte Tatsachen sind nämlich lediglich das Vorliegen der Konkursvoraussetzungen; der Übergang der Befugnisse vom Gemeinschuldner

32) vgl. SAFA S.31, Nr.17

33) FÖRGER S.15

34) RINGLEB S.64

35) So sieht §238 III KO lediglich vor, daß zur Eröffnung eines deutschen Zweigstellenkonkurses die Zahlungsunfähigkeit nicht mehr nachgewiesen zu werden brauche; eine eventuell ebenfalls vorgenommene Feststellung der Zahlungseinstellung wird von deutschen Gerichten nicht anerkannt. Vgl. BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 237, Anm.2; MENTZEL-KUHN § 237, Anm.7.

auf den Konkursverwalter aber ist Beschlagnahmewirkung im Vollstreckungsinteresse und damit gerade nicht Tatsachenwirkung³⁶⁾.

e) Verlust der Geschäftsfähigkeit

Eine weitverbreitete Begründung der Universalität des Konkurses geht davon aus, daß der Konkurs eine Statusänderung beim Gemeinschuldner bewirke. Die Konkurseröffnung beeinträchtige die Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners; diese aber unterstehe dem Personalstatut; es müsse also auch hinsichtlich der Befugnisse des Konkursverwalters daran angeknüpft werden³⁷⁾. Hiergegen wendet sich die deutsche Lehre zu Recht: Der Gemeinschuldner verliert nämlich weder die Rechts- noch die Geschäftsfähigkeit, sondern lediglich die Dispositionsbefugnis über das konkursbefangene Vermögen. Außerhalb des Konkurses bleibt er in seiner Verfügungsmacht unbeschränkt; beschränkt werden nicht seine rechtlichen Fähigkeiten, sondern seine Rechte. Eine direkte Anwendung von Art.7 EGBGB kommt daher nicht in Betracht³⁸⁾.

f) Verwandtschaft zur partiellen Geschäftsfähigkeit

Auch die von FÖRGER zur partiellen Geschäftsfähigkeit gezogene Parallele weist erhebliche Schwächen auf. Er erkennt an, daß diese Rechtsfigur auf den Konkurs nicht zutrifft, hält aber doch die Situation im wesentlichen für vergleichbar³⁹⁾. Ebenso wie beim partiell Handlungsunfähigen habe sich beim

36) HAGEMANN Diss. S.95; HAGEMANN KTS 60/162; FÖRGER S.15; RINGLEG S.63

37) so Cass.belg. v.23.5.1889, Pas.Belg. 1889/1229; Cours d'Appel Bruxelles v.11.7.1936, Belgique Jud. 36/589; WIGNY Rev.d.dr.i.p. 27/632 (662); WEISS Manuel S.706; weitere Nachweise bei SAFA S.29

38) GIERKE S.248, Fn.163; v.BAR S.196; KOHLER Lehrbuch S.606; MEILI Lehrbuch S.59; WOLFF IPR S.85; HAGEMANN Diss.S.45-51

39) FÖRGER S.120 ff.

Gemeinschuldner erweisen, daß er auf einem bestimmten Gebiet, nämlich bei der Schaffung eines ausgeglichenen Verhältnisses zwischen Verbindlichkeiten und vorhandenem Aktivvermögen, unfähig sei. Beschränkt auf diesen Teil wird ihm daher die Dispositionsbefugnis entzogen, wie ihm dort die Handlungsbefugnis beschränkt entzogen wird. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß die Zielrichtung der Befugnisse beim Konkurs sich von der teilweisen Entziehung der Geschäftsfähigkeit ganz erheblich unterscheidet. Während letztere in erster Linie den Schutz des Betroffenen zum Ziel hat - er soll durch seine Schwächen nicht übermäßige Verluste erleiden - bezweckt der Entzug der Dispositionsbefugnis im Konkurs vor allem den Schutz der Gläubiger. Das noch vorhandene Vermögen soll - soweit es vom Konkurs erfaßt wird - ausschließlich zu ihrer Befriedigung verwendet und nicht vom Gemeinschuldner verwirtschaftet werden. Gerade also das Wesentliche bei den Statussachen, nämlich die Motivierung aus der Sorge um die Person des Betroffenen, liegt beim Konkurs nicht - oder jedenfalls nicht überwiegend - vor. Selbst im amerikanischen Recht, wo der Schutz des Gemeinschuldners und seine Befreiung von übermächtigen Schulden eine erhebliche Rolle im Konkursverfahren spielen ⁴⁰⁾, ist der Gläubigerschutz doch so wesentlich, daß eine Analogie zu den Statussachen nicht gezogen wird ⁴¹⁾.

g) Die Verwandtschaft zur handelsrechtlichen Liquidation

FÜRGER zieht die Verwandtschaft des Konkurses zur handelsrechtlichen Liquidation - bei beiden handle es sich um Gesamtgläubigerbefriedigungsverfahren - zur Begründung der Anerkennung der Befugnisse des ausländischen Konkursverwalters heran ⁴²⁾. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Auf die erheblichen Unterschiede zwischen den beiden Verfahren wurde bereits

40) vgl. JOSLIN MLR 66/149 (157)

41) Disconto Bank v. Umbreit S.C. 1907, 208 U.S. 570

42) FÜRGER S.126

oben in Teil B eingegangen. Die Liquidation ist ein Verfahren zur Aufhebung innergesellschaftlicher Bindungen. Die Gläubigerbefriedigung spielt dabei zwar eine wesentliche Rolle; sie gehört jedoch nicht zu deren Wesen. Eine Liquidation ist auch dann möglich und erforderlich, wenn überhaupt keine Gläubiger vorhanden sind. Die Gläubigerbefriedigung ist dabei lediglich aus Zwecken des Gläubigerschutzes eine gesetzliche Vorbedingung vor Behandlung der eigentlichen Liquidationsaufgabe, der Auseinandersetzung der Gesellschafter untereinander. Sie wird dabei vom Schuldner selbst, durch eines seiner Organe, ausgeführt. Wenn dabei auch alle Gläubiger zu berücksichtigen sind, so ist doch die typische Situation beim Konkurs, nämlich das Überschreiten des Aktivvermögens durch die Schulden, nicht gegeben. Erst damit wird aber für die Gläubiger - und wenn inländische Gläubiger vorhanden sind, auch für unsere Rechtsordnung - interessant, wer die Gläubigerbefriedigung vornimmt und nach welchen Vorschriften er sich bei der Verteilung des wenigen noch vorhandenen Vermögens richtet. Die Bedenken der Benachteiligung inländischer Gläubiger im ausländischen Konkursverfahren, die die Anerkennung zu einem so heiß umstrittenen Problem machen, treffen gegenüber dem Liquidationsverfahren nicht zu. Der Gläubiger behält im Liquidationsverfahren die Rechte, die er vorher hatte; der Liquidator hat seine Forderung voll zu befriedigen. Ganz anders ist die Situation im Konkursverfahren; dort müssen sich auch die Gläubiger Einschränkungen gefallen lassen; mit einer vollen Befriedigung können sie nicht mehr rechnen. Wenn man dem ausländischen Konkursverwalter die Dispositionsbefugnis über das inländische Vermögen zugesteht, wird dieser es zur Masse ziehen und nur nach den ausländischen Vorschriften, die unter Umständen für den inländischen Gläubiger ungünstig sind, zur Verteilung bringen ⁴³⁾. Die Unterschiede zwischen Konkurs- und Liquidationsverfahren sind also gerade im internationalen Bereich erheblich. Ein Vergleich zwischen beiden Verfahren ist deshalb bei der hier

43) vgl. u.S. 95 ff.

zu entscheidenden Frage ungeeignet, zur Lösung beizutragen.

Auch der Hinweis FÖRGERS, daß im französischen Recht der Konkurs im Code de Commerce behandelt werde, dort also die Verwandtschaft des Konkurses zum Liquidationsverfahren erkannt sei, ist verfehlt. Diese Zuordnung zum Handelsrecht beruht einfach darauf, daß die französische Rechtsordnung ebenso wie andere Rechte des romanischen Kreises ein Konkursverfahren mit seinen weitgehenden Eingriffen nur bei Kaufleuten kennt, während bei Nichtkaufleuten ein anderes Insolvenzverfahren vorgesehen ist ⁴⁴⁾. Eine Annäherung an die Gesellschaftsliquidation ist darin nicht zu sehen; vielmehr wird immer wieder auf die sorgfältige Trennung von Konkurs und Liquidation hingewiesen ⁴⁵⁾.

h) Die internationale Rechtshilfeverpflichtung

Als bedeutendes Argument für die Universalität wird die gegenseitige Rechtshilfeverpflichtung der Staaten untereinander angeführt. Diese Ansicht geht zurück auf SAVIGNY, der die Verpflichtung zur Anerkennung ausländischer Konkurse "der seit längerer Zeit stets fortschreitenden Rechtsgemeinschaft unabhängiger Staaten untereinander" entnimmt. Danach hätten "sie sich gegenseitig Rechtshilfe zu leisten; dazu gehöre die Exekution der in einem Staate gesprochenen Urteile innerhalb jedes anderen Staates, damit auch die Unterstützung des Kurators bei den Maßregeln, die zum Verkauf der auswärtigen Ver-

44) vgl. Art.1 des Gesetzes v.13.7.1967; dieses enthält allerdings bereits insofern eine Ausnahme, als auch nicht kaufmännische Gesellschaften den handelsrechtlichen Insolvenzverfahren unterworfen sind. Das Insolvenzverfahren für Nichtkaufleute ist die "déconfiture". Vgl. Rep.Dalloz, Code Civil II, Abs.déconfiture, vor allem Nr.1

vgl. auch Art.437 belg. Code de Commerce; Art.2221 it. Codice Civile

45) vgl.o.S. 55, vor allem Fn.120

mögensstücke, folglich zur Bildung der Konkursmasse führen." 46) Danach ist es eine immanente Pflicht aller Staaten, auch ohne völkerrechtliche Vereinbarungen fremde Hoheitsakte anzuerkennen. Eine solche Verpflichtung unterliegt aber jedenfalls dort Einschränkungen, wo überwiegende inländische Interessen dies verlangen. So werden ausländische Urteile nicht unbeschränkt anerkannt, sondern nur dann, wenn sie den Voraussetzungen des § 328 ZPO entsprechen. Auch bei sonstigen gerichtlichen Entscheidungen werden internationale Zuständigkeit und Übereinstimmung mit dem inländischen ordre public verlangt. 47) Gerade aber beim Konkurs wird vorgetragen, daß eine Anerkennung wegen des vorrangigen Schutzes der inländischen Gläubiger nicht möglich sei, selbst wenn man - was heftig bestritten wird 48) - grundsätzlich den Satz akzeptiere, daß aus der Solidarität der Staaten die Anerkennung ausländischer Rechtshandlungen und ihrer Rechtsfolgen abzuleiten sei 49). Um zur Anerkennung der Befugnisse des ausländischen Konkursverwalters zu gelangen, wäre erforderlich, darzulegen, daß inländische Interessen dadurch nicht - oder jedenfalls nicht unverhältnismäßig - beeinträchtigt werden. Bei dieser Abwägung muß man sich wiederum an den gesetzlichen Bestimmungen orientieren. Der Gedanke der Rechtshilfe ist also insofern von Bedeutung, als man nicht leichtfertig die Anerkennung versagen darf und bei der Auslegung der Gesetzesvorschriften dieser Gesichtspunkt mit zu berücksichtigen ist.

46) SAVIGNY Bd. VIII, S.288

47) statt vieler: KEGEL IPR S.380

48) dagegen: KLEINFELLER NieZ 13/552

49) Disconto Bank v. Umbreit, S.C. 1907, 208 U.S. 570; vgl. auch NADELMANN Toronto L.J. 5 (1944) 339; MÜLLER-FREIENFELS S.397

i) Die Parität

Nach dem Grundsatz der Parität soll kein Staat mehr Kompetenzen für sich in Anspruch nehmen, als er bereit ist, unter gleichen Umständen auch den Gerichten anderer Staaten zuzugestehen ⁵⁰⁾. Das würde in unserem Fall bedeuten: Wenn die deutsche Rechtsordnung erwartet, daß andere Staaten einem deutschen Inlandskonkurs Wirkungen auch hinsichtlich des in ihrem Gebiet belegenen Vermögens zuerkennen, wenn sich in Deutschland ein allgemeiner Gerichtsstand des Gemeinschuldners befindet, muß sie ihrerseits Auslandskonkurse, die dieselbe Bedingung erfüllen, auch hinsichtlich des inländischen Vermögens anerkennen. Diese Gleichheit der Regeln für Kompetenzwünsche und Kompetenzanerkennung oder - wie HELDRICH sie bezeichnet - der Befolgings- und Beurteilungsregeln ⁵¹⁾ wird zwar immer wieder gefordert ⁵²⁾ und ist auch im Interesse der "Vermeidung des Justizkrieges aller Staaten untereinander" ⁵³⁾ wünschenswert, ein dahingehender, allgemein anerkannter Rechtssatz besteht jedoch nicht ⁵⁴⁾. Gerade im Konkursrecht wird dem inländischen Konkurs eine weitgehende, unbeschränkte Kompetenz zugewiesen, während umgekehrt §§ 237, 238 KO jedenfalls deutlich erhebliche Beschränkungen für die Anerkennung ausländischer Konkurse vor-

50) HELDRICH S.105

51) HELDRICH S.103

52) LORENZ FamRZ 66/465 ff.; NEUHAUS JZ 66/241; ABRAHAMS S.2 Griswold 67 HLR 823 ff., 826; "It would be contrary to principle and inconsistent with comity, if the courts of this country were to refuse to recognize a jurisdiction which mutatis mutandis they claim for themselves."

53) SPERL S. 11

54) KLEINFELLER Niez 13/557; HELDRICH S.105; Auch CHESHIRE (S.83) stellt die Parität als wünschenswerten Idealfall dar ("it is obviously undesirable to claim a wider jurisdiction than is conceded to the courts of other countries"); er macht jedoch klar, daß sich das englische Recht nicht immer daran ausrichtet; so würde ein ausländisches Urteil, das auf einer der R.S.C. Order 11 ähnlichen Basis ergangen ist, in England nicht anerkannt.

sehen. Auch bei der weiteren Frage, ob überhaupt eine Anerkennung möglich ist, kann man sich nicht ohne weiteres auf den Grundsatz der Parität stützen, sondern wird erst durch sämtliche zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden herausfinden müssen, ob unsere Konkursordnung nicht eine völlig unparitätische Lösung verfolgt. Dabei wird man jedoch die wünschenswerte Parität mit als Kriterium heranziehen dürfen und bei einer Auslegung, die von der Parität abweicht, Zurückhaltung üben müssen ⁵⁵⁾.

Zusammenfassung

Die für die Begründung sowohl der Territorialität als auch der Universalität herangezogenen Grundsätze treffen entweder nicht zu oder reichen zur Begründung einer der beiden Richtungen nicht aus. Festgehalten kann aber werden, daß ausländische Konkurse als ausländische Hoheitsakte Wirkungen nur entfalten können, wenn unsere Rechtsordnung in irgendeiner Form zustimmt. Ginge jedoch unsere Konkursordnung davon aus, daß ihr oder anderen inländischen Rechtsvorschriften eine grundsätzliche Zustimmung nicht zu entnehmen sei, so wäre nicht erforderlich, ausdrücklich die weitere Zulässigkeit von inländischen Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen oder eines inländischen Konkurses nach der ausländischen Konkurseröffnung vorzusehen ⁵⁶⁾. Zumindest hat sie die Befürchtung, daß sie im Sinne einer paritätischen Lösung interpretiert würde, sonst wäre diese ausdrückliche Zulassung nicht erforderlich. Auch als Vorschriften zur Klarstellung der generellen Nichtanerkennung ausländischer Konkurse sind §§ 237, 238 KO nicht geeignet. Hätte der Gesetzgeber wirklich jegliche Wirkung aus-

55) vgl. die Ausführungen von Diplock L.J. in *Mackender v. Feldia AG* (1967) 2 Q.B. 590 (599): "And because it (die Zuweisung der weiteren internationalen Zuständigkeit nach R.S.C. Order 11, die umgekehrt bei einem ausländischen Urteil nicht anerkannt würde) is a claim which conflicts with the general principles of comity between civilized nations, it is one which should be exercised with caution."

56) MÜLLER-FREIENFELS S.378

schließen wollen, so hätte er dies viel leichter dadurch erreichen können, indem er unmißverständlich wie die japanische Konkursordnung von 1922 formuliert hätte, die in § 3 II besagt: "Ein vom Ausland erlassener Konkurseröffnungsbeschluß erfaßt das in Japan befindliche Vermögen nicht." ⁵⁷⁾ Es würde sehr verwundern, wenn der deutsche Gesetzgeber einen so einfachen Gedanken so umständlich formuliert hätte, wie es die Territorialisten annehmen.

Tatsächlich haben auch die Motive im damaligen § 207 KO (jetzt § 237 KO) eine Ausnahmenvorschrift von der grundsätzlichen Wirksamkeit des ausländischen Konkurses im Inland gesehen: Im Gegensatz zum starren Territorialitätsprinzip, wie es z.B. Art.1174 der Bayerischen Civilprozeßordnung vom 29.4.1869 vertrat, habe der Entwurf der Konkursordnung den freieren internationalen Standpunkt angenommen und erkenne abgesehen von den ausdrücklichen Beschränkungen den ausländischen Konkurs an ⁵⁸⁾. Dieses historische Argument wurde damit abgetan, daß ein dahingehender Wille des Gesetzgebers im Gesetz jedenfalls nicht zum Ausdruck gekommen sei ⁵⁹⁾. Mit dem Hinweis auf die Motive sei nicht viel gewonnen, da sie keine Rechtsquellen, ja nicht einmal sehr überzeugende Rechtshinweise seien ⁶⁰⁾. Dieser historische Gesichtspunkt unterstützt aber jedenfalls die grammatikalische und systematische Auslegung, die ergeben hat, daß unsere Konkursordnung von einer beschränkten Anerkennung des ausländischen Konkurses ausgeht. Ein entgegengesetztes Ergebnis kann also allenfalls im Wege einer teleologisch erweiternden Auslegung der Vorschriften der Konkursordnung, insbesondere des § 237 KO erreicht werden. Dies wäre nur dann möglich, wenn dieselben Gründe, die für die im Gesetz erwähnten Beschränkungen der

57) Übersetzung der japanischen Konkursordnung in ZZP 62/365

58) HAHN'sche Materialien: Motive S.403,456; Protokolle S.668

59) RG 14/405 (410)

60) RINGLEB S.55; vgl. dazu KEGEL Lewald-Festschrift S.267 f.

Anerkennung zutreffen, auch für die Anerkennung insgesamt, also auch soweit es um die Anerkennung der Verfügungsbefugnis des ausländischen Konkursverwalters hinsichtlich des inländischen Vermögens geht, gelten, eine Unterscheidung also vom Zweckgehalt der Vorschriften her nicht sachgerecht wäre ⁶¹⁾. Um dahingehende Feststellungen treffen zu können, ist die Ermittlung des Sinnes der Vorschriften erforderlich. Es werden hierzu die Vor- und Nachteile einer unbeschränkten Anerkennung erläutert, um so die Funktion einer beschränkten Anerkennung zu ermitteln. Diese werden dann in Relation zu den Wirkungen einer völligen Nichtanerkennung gesetzt. Bei diesem Vorgehen handelt es sich wohlgemerkt nicht darum, reine Zweckmäßigkeits-erwägungen an die Stelle dogmatischer Überlegungen zu setzen. Ein solches Vorgehen wurde zu Recht angegriffen ⁶²⁾. Es geht lediglich um die Interessenermittlung im Rahmen einer teleologischen Auslegung.

3. Der Interessenvergleich

a) Die Vorteile einer unbeschränkten Anerkennung

Für die unbeschränkte Anerkennung ausländischer Konkurse sprechen Vereinfachung und Verbilligung der großen Mehrzahl der Verfahren ⁶³⁾. Die Gläubiger müssen ihre Forderungen nicht bei mehreren Gerichten in verschiedenen Staaten anmelden; sie brauchen sich nur um das eine universale Verfahren zu kümmern; Kosten entstehen nur für dieses eine Verfahren. Der Konkursverwalter hat oft bessere Verwertungsmöglichkeiten, wenn er über das gesamte Schuldnervermögen verfügen kann. Dies trifft vor allem zu, wenn sich Niederlassungen oder Betriebsteile

61) vgl. LARENZ AT § 2 III, S.36

62) v. BAR S.197; RINGLEB S.63

63) vgl. die Zusammenstellung der Vorteile der Universalität bei SAFA S.33, Nr. 57

ausländischer Firmen in Deutschland befinden, die organisatorisch zum Gesamtbetrieb gehören und durch die Abtrennung an Wert verlieren. Auch für den Gemeinschuldner gelten diese Vorteile. Auch er hat nur die Pflicht, bei einem Verfahren mitzuwirken, und kann so leichter auf die Respektierung der ihm zustehenden Rechte achten. Andererseits kann er nicht - oder jedenfalls nicht so leicht - durch Manipulationen im Inland belegenes Vermögen dem Zugriff der Gläubiger entziehen. Er ist schon mit der ausländischen Konkursöffnung, also noch bevor auch im Belegenheitsstaat der Konkurs eröffnet ist oder sie durch Einzelzwangsvollstreckungen erfaßt werden, nicht mehr befugt, sie schnell noch für sich zu verwenden oder in waghalsigen Transaktionen zu riskieren. Vor allem ist auch ausgeschlossen, daß der Gemeinschuldner bestimmte Gläubiger bevorzugt befriedigt und damit die Befriedigung seiner Gläubiger seiner Willkür überlassen bleibt ⁶⁴⁾.

Der Einwand gegen die Universalität, daß der Gemeinschuldner bei der Territorialität der Konkursverfahren leichter Fuß fassen könne, da er in manchen Ländern mit den dortigen Gläubigern nach den dortigen Voraussetzungen leichter zu einem Vergleich kommen könne als in anderen und er so wenigstens teilweise wieder Luft bekomme ⁶⁵⁾, richtet sich weniger gegen die Universalität der Vollstreckungsverfahren, sondern gegen die Möglichkeit der Teilnahme ausländischer Gläubiger. Diese ist aber in § 5 KO ausdrücklich vorgesehen. Außerdem enthält dieser Einwand eine äußerst bedenkliche Interessenswertung. Es ist durchaus nicht wünschenswert, wenn der Gemeinschuldner durch unterschiedliche Verfahren in den verschiedenen Ländern, aus denen er aufgrund der Nichtzusammenarbeit und Unkenntnis der Gesamtlage noch glimpflich wekommt, am Schluß besser steht,

64) MÜLLER-FREIENFELS S.378

65) so JACOT S.8; vgl. auch SAFA S.42, Nr. 75

als bei einem Universalkonkurs nach der Rechtsordnung irgendeines dieser Länder. Eine solche "divide et impera"-Politik⁶⁶⁾ wird hier auf Kosten der Gläubiger betrieben, die bei einem Konkurs sowieso schon schwer betroffen werden und nicht durch ein Schaukeln zwischen den Rechtsordnungen noch größeren Verlusten ausgesetzt sein sollen. Die uneingeschränkte Anerkennung ausländischer Konkurse beseitigt die Möglichkeit zu dieser Gläubigerbenachteiligung oder beschränkt sie jedenfalls. Dieser Gesichtspunkt muß also als Vorteil und nicht als Nachteil der Universalität aufgefaßt werden.

b) Die Nachteile der unbeschränkten Anerkennung

Nicht immer kann jedoch durch die Abwicklung der gesamten Vermögensangelegenheiten durch einen Konkursverwalter die beste Verwertung des Gemeinschuldnervermögens erreicht werden. Zu denken ist hier an Fälle, in denen ein Konkursverwalter in einem weit entfernten, anderen wirtschaftlichen Voraussetzungen unterliegenden Land tätig werden soll. Sowohl aufgrund der geringeren räumlichen Distanz zum zu verwaltenden Vermögen als auch der besseren Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse wird hier ein im Belegenheitsstaat ansässiger Konkursverwalter bessere Ergebnisse erzielen können⁶⁷⁾. Erhebliche Schwierigkeiten werden auch Bekanntmachungen und verfahrensrechtliche Mitteilungen sowie die Abhaltung von Gläubigerversammlungen bereiten; dies umsomehr, je weiter die beteiligten Staaten auseinanderliegen und je unterschiedlicher Sprache und Rechtsordnung sind. Mangels eines Weltkonkursblattes⁶⁸⁾ und aufgrund sprachlicher Schwierigkeiten haben Gläubiger, die nicht dem Konkurseröffnungsstaate angehören, nur begrenzte Möglichkeiten, von der Konkurseröffnung zu erfahren, können sich daher nicht darauf

66) Ausdruck von SAFA S.42, Nr.75

67) Hier könnte allerdings durch eine sinnvolle Handhabung von § 79 KO und ähnlicher Bestimmungen in ausländischen Konkursgesetzen geholfen werden.

68) Für die Schaffung eines Weltkonkursblattes: DOHRING DB 64/1691. Es ist aber zu überlegen, ob ein solches Blatt nicht zu umfangreich und letztlich unüberschaubar würde.

einrichten, melden deshalb u.U. ihre Forderungen nicht rechtzeitig an und Ähnliches mehr. Aus denselben Gründen würden ausländische Schuldner noch an den Gemeinschuldner leisten, was möglicherweise im Konkurs nicht anerkannt würde⁶⁹⁾. Vor allem für finanziell schwächere Gläubiger wird es schwierig, wenn nicht sogar unmöglich sein, sich an dem ausländischen Verfahren zu beteiligen. Wegen der Ausschließlichkeit dieses Verfahrens hätten sie dann gar keine Möglichkeit, auch nur einen Teil ihrer Forderungen zu erhalten⁷⁰⁾.

-
- 69) Hier könnte auch bei reiner Universalität eine sinnvolle kollisionsrechtliche Regelung nur dahingehend getroffen werden, daß öffentliche Bekanntmachungen im Konkursverfahren nur innerhalb des Gebietes, das sie erfassen, Wirkungen zeigen; im übrigen müßte ein stärkerer Gutgläubensschutz gelten (vgl. dazu Verhältnis von § 8 I und II KO). Um den Gutgläubensschutz beschränken zu können, müßte die Möglichkeit der inländischen Bekanntmachung ausländischer Konkursverfahren eröffnet werden. (vgl. u.S. 131f.)

Vgl. dazu die EWG-Lösung: Nach Art. 26, 27 des EWG-Konkursabkommens kommen die Wirkungen der Konkurseröffnung in anderen Staaten als dem Konkurseröffnungsstaat erst vom 8.Tag nach Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften voll zur Geltung; vorher ist auf die Gutgläubigkeit abzustellen.

- 70) Eine Benachteiligung der wirtschaftlich Schwächeren ist aber auch dann gegeben, wenn sich alle Gläubiger an den verschiedenen Verfahren beteiligen können und - wie nach der in Deutschland hM (RG 54/193; OLG München LZ 1908/550; JÄGER-LENT § 14, Rz.35; JÄGER § 238, Anm.3; MENTZEL-KUHN § 14, Anm.16; aa: HELLMANN S.621; v.SCHWARTZKOPPEN; FÖRGER S.148f.) kein Ausgleich zwischen den einzelnen Verfahren stattfindet. Die wirtschaftlich Starken werden sich an allen Verfahren beteiligen, die Schwachen nur an dem in ihrem Land; sie werden also nur einen erheblich geringeren Prozentsatz ihrer Forderungen einbringen. Ein einigermaßen gerechtes Ergebnis ist, da eine Beschränkung oder gar ein völliger Ausschluß der Teilnahme ausländischer Gläubiger - wie sie etwa JACOT in Art.20 seines Vertragsvorschlages vorsieht - nicht durchführbar ist (vgl.u.S.106f.), nur mittels einer Einschuß- oder Ausgleichspflicht zu erreichen, wie sie die meisten Staaten bereits als selbstverständlich erachten. (vgl.Zusammenstellung NADELMANN KTS 71/70; für Frankreich: LOUSSOMARN-BREDIN S.802; LEVASSEUR-DECOCQ S.8, Nr.45; für die Niederlande: Konkursgesetz vom 30.9.1893, § 203; für Großbritannien: BLOM-COOPER S.133; CHESHIRE S.553 ff.; DICEY S.670; GRAVESON S.487; für die USA: Bankruptcy Act v.1898 (revidiert) § 65 (d), 11 U.S.C. § 105; dazu NADELMANN ZJP 66/43)

Schwierigkeiten der Universalität ergeben sich auch aus der Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen der beteiligten Staaten ⁷¹⁾. Als Beispiele seien hier aufgeführt die möglichen Unterschiede der Rangfolge. Diese richtet sich naturgemäß nach der *lex fori* ⁷²⁾. Eine Differenzierung nach dem jeweiligen Forderungsstatut ist nur möglich, wenn man - wie das EWG-Konkursabkommen in Art. 41 - verschiedene Rangfolgen für Teile der Konkursmasse nach der Belegenheit der Vermögensstücke bei Konkurseröffnung vorsieht. Dies liegt daran, daß eine Anwendung verschiedener Rangordnungen bei einer einheitlichen Konkursmasse schlechthin undenkbar ist. Man stelle sich etwa einen Konkurs mit lediglich zwei Forderungen vor, wobei jede nach ihrem Zugehörigkeitsstatut vor der anderen bevorzugt wäre. Man kann sich nun bei der Verteilung nur entweder an die eine oder an die andere Reihenfolge halten; ein Ausgleichsversuch dahingehend, daß man beiden den gleichen Rang zuweist, wäre nicht die Anwendung beider Statuten nebeneinander, sondern die Aufstellung einer dritten Rangfolge. Da also die Entscheidung für ein Statut erforderlich ist, erhält die *lex fori* als das nächststehende, für die Forderungen des Konkurseröffnungsstaates, an denen dieser in erster Linie interessiert ist, angemessene Recht den Vorzug. Damit kann es vorkommen, daß eine Forderung, die in Deutschland der ersten Befriedigungsklasse angehört und hier vielleicht noch voll befriedigt worden wäre, in einem ausländischen Verfahren unter die letzte Klasse fällt und für diese überhaupt keine Dividende ausbezahlt wird.

Ähnlich verhält es sich bei der Anerkennung von Forderungen und dinglichen Rechten. Hier werden zwar im allgemeinen die üblichen international-privatrechtlichen Lösungen berücksichtigt ⁷³⁾, jedoch besteht auch dabei die Gefahr, daß

71) vgl. Zusammenstellung bei JÄGER § 237, Anm.1

72) RG Bolze 11, Nr.10; JÄGER-LENT § 57, Rz.19; § 64, Rz.40; KOHLER Lehrbuch S.648; MEILI Lehrbuch S.138; LOUSSOUARN-BREDIN S.799, Nr.560; Ex parte Melbourne (1870) L.R.6 Ch.App.74; DICEY S.665, r.117; GRAVESON S.490

73) JÄGER-LENT § 5, Rz.4; MENTZEL-KUHN § 5, Anm.3; v.BAR S.106; MEILI Lehrbuch S.43

manche in Deutschland erworbene Rechte - vor allem ist dabei an den Eigentumsvorbehalt und das Sicherungseigentum zu denken - im ausländischen Konkursverfahren unter dem Gesichtspunkt des ordre public oder der Gleichheit der Gläubiger im Konkursverfahren nicht anerkannt werden ⁷⁴⁾. Ferner ist zu berücksichtigen, daß im allgemeinen öffentlich-rechtliche Forderungen im ausländischen Konkurs nicht durchgesetzt werden können ⁷⁵⁾. In manchen Staaten werden darüberhinaus Forderungen ausländischer Gläubiger erst nach Tilgung der inländischen Schulden befriedigt ⁷⁶⁾. Auch wenn nicht schon von Gesetzes wegen eine solche handgreifliche Besserstellung vorgesehen ist, so ergeben sich doch Bedenken, ob in jedem Fall die ausländischen Konkursverwalter und sonstigen Konkursorgane ein ordnungsgemäßes Verfahren durchführen oder einzelne (dem Konkurseröffnungsstaate angehörende) Gläubiger bevorzugen oder gar in die eigene Tasche wirtschaften ⁷⁷⁾. Kurz gesagt: Es stellt sich die Frage der Vertrauenswürdigkeit der ausländischen Vollstreckungsorgane.

c) Die Stellung der beschränkten Universalität

Sinn der Zulassung der Einzel- und der Gesamtvollstreckung hinsichtlich des in Deutschland belegenen Vermögens ist anerkanntermaßen der Schutz der inländischen Gläubiger vor diesen möglichen Nachteilen ⁷⁸⁾. Sie sollen in ihrem Vertrauen auf die Durchsetzbarkeit einer Forderung mittels deutscher Behörden

74) so Distriktsgericht Oslo v.27.3.57, Gl.63/804; Cass. Bruxelles Pas.belge 1933 I 103; MOECKE AWD 61/220

75) KEGEL S.388, vgl.o.S. 79

76) siehe NADELMANN KTS 58/103; NADELMANN SJZ 46/103 f.; MÜLLER-FREIENFELS S.384

77) MEILI Lehrbuch S.61

78) KEGEL in SOERGEL-SIEBERT Einleitung v.Art.7 EGBGB, Rz.420; JÄGER § 237, Anm.3 (da nach absolut hM auch ausländische Gläubiger an den inländischen Vollstreckungsverfahren unbegrenzt teilnehmen können, ist nicht erforderlich, den Begriff "inländische Gläubiger" genauer zu definieren)

- die nach § 23 ZPO und den territorialen Zuständigkeiten für die Einzelzwangsvollstreckung immer gegeben ist, wenn im Inland Vermögen vorhanden ist - nicht enttäuscht werden.

Dieser Zweck erfordert allerdings - wie auch die "Universalisten" erkennen ⁷⁹⁾ - eine erweiternde Auslegung. So ist die Einzelzwangsvollstreckung nicht nur dann zulässig, wenn bereits ein Titel vorliegt, sondern es kann auch nach der ausländischen Konkurseröffnung noch geklagt werden, unabhängig davon, ob dies nach dem Konkursstatut möglich wäre oder nicht; anhängige Passivprozesse werden nicht unterbrochen ⁸⁰⁾. Auch die freiwillige Befriedigung durch den Gemeinschuldner aus dem inländischen Vermögen muß möglich sein, da kein Grund vorhanden ist, die Gläubiger auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, gegebenenfalls auf Arreste ⁸¹⁾ zu verweisen, die für sie unangenehm sind und für den Gemeinschuldner und letztlich auch für die Konkursmasse nur teuer kommen ⁸²⁾.

Zur Erreichung dieses Gesetzeszweckes ist jedoch nicht erforderlich, dem ausländischen Konkursverwalter die Verfügungsbefugnis hinsichtlich des inländischen Vermögens abzusprechen. Es wird zwar argumentiert, daß auch diese beschränkte Anerkennung des ausländischen Konkurses für die inländischen Gläubiger gefährlich sei, weil der ausländische Konkursverwalter dann das Gemeinschuldnervermögen sofort aus Deutschland abziehen und damit ein Vorgehen in Deutschland gegenstandslos

79) NUSSBAUM S.453; MAGEMANN Diss. S.20; KEGEL in SOERGEL-SIEBERT Einl.v.Art.7 EGBGB, Rz.423

80) RG 16/338; 153/205; RINGLEB S.90; FÖRGER S.143

81) Der Vermögensverfall und der Wunsch, sich vor den übrigen Gläubigern einen Vorrang zu sichern, ist nach hM nicht ausreichender Arrestgrund (BAUMBACH-LAUTERBACH § 128, Anm.4; THOMAS-PUTZO § 917, Anm.1; WIECZOREK Handkommentar § 917; Anm.1C). Hier kommt aber als Arrestgrund die weitere Gefahr hinzu, daß der ausländische Konkursverwalter das inländische Vermögen zur Masse und damit aus dem Bereich der deutschen Zwangsvollstreckung zieht.

82) HAGEMANN Diss. S.115

machen könne⁸³⁾. Dem muß entgegengehalten werden, daß die deutsche Rechtsordnung keinen absoluten Schutz der Gläubiger dahingehend kennt, daß einmal im Inland belegenes Vermögen immer der deutschen Vollstreckungsgewalt unterworfen bleibt⁸⁴⁾. Auch nach der Meinung, die in § 237 KO einen Ausfluß der absoluten Territorialität des ausländischen Konkurses sieht, sind die Gläubiger nicht dagegen geschützt, daß der Gemeinschuldner das Vermögen aus Deutschland abzieht und es dem ausländischen Konkurs unterwirft. Wesentlich schlimmer ist für sie die Folge dieser Meinung, daß er auch befugt ist, das inländische Vermögen für sich zu verbrauchen, es in waghalsigen Spekulationen auszugeben oder in Länder zu verbringen, wo er damit rechnen kann, daß es nicht von Vollstreckungsmaßnahmen erfaßt wird. Außerdem wird es dem ausländischen Konkursverwalter, abgesehen vielleicht von Bargeld und Bankkonten, im Normalfall nicht möglich sein, das Gemeinschuldnervermögen so schnell aus Deutschland abzuziehen, daß die inländischen Gläubiger nicht vorher davon erfahren und einen solchen Abzug gegebenenfalls durch Vollstreckungsmaßnahmen verhindern könnten⁸⁵⁾.

83) JÄGER § 237, Anm. 3

84) HAGEMANN Diss. S. 123

85) Sinnvoller wäre allerdings de lege ferenda eine Zeitspanne vorzusehen, innerhalb der der Gemeinschuldner zwar bereits die Verfügungsbefugnis über das inländische Vermögen verloren hat, der Konkursverwalter es aber noch nicht aus Deutschland abziehen kann. De lege lata ist hierfür keine Grundlage ersichtlich (a.A. BLEY (JW 37/1508), der vertritt, daß der ausländische Konkurs solange überhaupt nicht anzuerkennen sei, als inländische Gläubiger vorhanden seien; nach Befriedigung der inländischen Gläubiger könne jedoch das verbleibende Vermögen dem Konkursverwalter zur Verfügung gestellt werden. Abgesehen davon, daß nach dieser Meinung die Manipulations- und Entzugsmöglichkeiten für den Gemeinschuldner nicht ausgeschaltet sind, gibt das Gesetz keine Möglichkeit, das Nichtvorhandensein inländischer Gläubiger außerhalb eines inländischen Konkurses festzustellen, der ja nicht eröffnet werden muß und wegen der beschränkten Zuständigkeit nach § 238 KO auch nicht immer eröffnet werden kann.)

Vgl. dazu die französische Regelung, wonach zur Anerkennung des ausländischen Konkurses das Exequatur erforderlich ist, bereits vor dessen Erteilung aber die Zuständigkeit des ausländischen Konkursverwalters für Maßnahmen zur Erhaltung der Konkursmasse allerdings mit der fragwürdigen Begründung bejaht wird, daß der Konkurs insofern "Tatsachenwirkung" entfalte (vgl. FÖRGER S. 89 f; Colmar v. 10.2.1864, S. 1864.2.122; Paris v. 20.1.1877, D.P. 1877.2.67; Paris v. 7.3.1878, S. 1879.2.164; Trib. civ. Seine v. 25.3.1911, Cl. 1914/913).

Dem Interesse der Gläubiger kommt die hier vertretene enge Auslegung sogar mehr entgegen als die weite, da diese danach hinsichtlich des inländischen Vermögens nicht nur auf die inländischen Vollstreckungsmaßnahmen verwiesen sind, sondern die Wahlmöglichkeit haben, auch dieses Vermögen im ausländischen Konkurs zu realisieren und damit die oben ausgeführten Vorteile des Einheitskonkurses auszunützen. Diese Eröffnung einer Wahlmöglichkeit ist nicht etwa deshalb sinnlos, weil immer die deutsche Vollstreckung für sie vorteilhafter sei und deshalb immer in Anspruch genommen werde. In vielen Fällen werden auch die Vorteile der Einbeziehung des inländischen Vermögens in den ausländischen Konkurs überwiegen. Dies hängt einerseits vom Konkurseröffnungsstaat ab, ob dieser auf Grund seiner Lage, seiner Sprache, seiner Rechtsordnung und seiner Vertrauenswürdigkeit normalerweise Gewähr für die Vorteilhaftigkeit bietet. Daß jedoch nur selten global die Vorteilhaftigkeit für alle Konkurse bestimmter Staaten bejaht werden kann, ergibt sich schon daraus, daß Deutschland bisher keinen einzigen Staatsvertrag über die gegenseitige Anerkennung von Konkursen geschlossen hat ⁸⁶⁾. Das deutsch-österreichische Abkommen wurde wegen der Eingliederung Österreichs in das Deutsche Reich nie Gesetz ⁸⁷⁾. Den ersten Schritt in diese Richtung bedeutet für Deutschland das in Aussicht stehende EWG-Abkommen ⁸⁸⁾. Obwohl es also selbst bei an sich geeigneten Staaten - etwa wegen der Nichtanerkennung öffentlich-rechtlicher Forderungen sehr schwer ist, zur generellen Anerkennung zu kommen, wird sich jedoch häufig in Einzelfällen - auch bei Konkursen entfernterer, a priori nicht so günstig scheinender Staaten - die Anerkennung als vorteilhafter und angemessener als inländische Vollstreckungsmaßnahmen

86) Zu den Schwierigkeiten bei der Erarbeitung eines Entwurfes für die EWG vgl.: BÖHLE-STAMMSCHRÄDER KTS 64/65 ff.; HOUIN KTS 61/177 ff.

87) Zu Einzelheiten dieses Abkommens vgl. HESS

88) Deutscher Text des Entwurfes: KTS 71/167 ff; vgl. auch die Besprechung von NADELMANN KTS 71/65 ff.

erweisen. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn lediglich Gläubiger des Konkurseröffnungsstaates vorhanden sind. Bei völliger Nichtanerkennung hätte der ausländische Konkursverwalter auch in einem solchen Fall keine Möglichkeit, das inländische Vermögen zur Masse zu ziehen. Die ausländischen Gläubiger müssen sich also, wenn sich der Gemeinschuldner nicht freiwillig zur Auslieferung an die Konkursmasse bereitfindet, deutscher Vollstreckungsverfahren bedienen. Allerdings könnten sie den Konkursverwalter für den Einzug beauftragen; auch in dieser Position als Beauftragter eines oder mehrerer Gläubiger muß er jedoch den Kosten verursachenden Umweg über die inländische Einzelzwangsvollstreckung gehen. Vorteile eines inländischen Verfahrens sind auch dann nicht ersichtlich, wenn sich die inländischen Gläubiger sowieso am ausländischen Konkurs beteiligen, etwa weil es sich hierbei ausnahmslos um international orientierte Firmen handelt, für die eine solche Beteiligung völlig unproblematisch ist, oder weil ihnen nichts anderes übrig bleibt, da sich zu viele (auch ausländische) Gläubiger am Inlandskonkurs nach § 238 KO beteiligen würden und deshalb nur eine unbedeutende Konkursdividende zu erwarten wäre. Es fallen dann nämlich die mit der Beteiligung am ausländischen Konkurs verbundenen praktischen Unannehmlichkeiten sowieso an; eine deutsche Vollstreckung daneben ist dann nur noch interessant, wenn nach ausländischem Recht eine Privilegierung, eine Rangstellung oder ähnliches nicht anerkannt wird. Auch dann wird sich aber oft ein tatsächlicher Vorteil nicht erreichen lassen, weil die Gläubiger, die sich auch am ausländischen Konkursverfahren beteiligen wollen, das hier Erlangte in den meisten Rechtsordnungen zur Masse einschließen oder sich zumindest anrechnen lassen müssen⁸⁹⁾. In all diesen Fällen ist es für die Gläubiger günstiger, völlig auf die inländischen Vollstreckungsmöglichkeiten zu verzichten und die geschilderten Vorteile des Einheitskonkurses auszunützen.

89) Vgl.o.S. 96, Fn.70

Zusammenfassung

Die hier vertretene beschränkte Anerkennung des ausländischen Konkurses vermindert gegenüber der völligen Versagung der Anerkennung den Schutz der inländischen Gläubiger nicht. Sie entspricht dem Sinn der §§ 237, 238 KO, nämlich der Wahrung der Interessen der inländischen Gläubiger, sogar besser, als sie bis zu einem gewissen Grade auch noch die Vorteile der **Universalität** ermöglicht. Für eine **erweiternde teleologische** Auslegung von § 237 KO, nach der dem ausländischen Konkurs jegliche Wirkungen hinsichtlich des im Inland belegenen Vermögens versagt werden müßten, findet sich also kein Ansatzpunkt.

4. Die Beschränkung der Konkurszuständigkeit nach § 238 KO als Hinweis für die Anerkennung des ausländischen Konkurses
 - a) Die Unzulänglichkeit der Einzelzwangsvollstreckung im Insolvenzstadium

Die erweiternde Auslegung wurde auch mit dem Hinweis bekämpft, daß § 238 KO eine Möglichkeit zur Eröffnung eines inländischen Konkurses nur vorsieht, wenn der Schuldner im Inland eine gewerbliche Niederlassung oder ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut hat; nicht reicht dagegen aus, daß sich sonstiges Vermögen des Gemeinschuldners, etwa in Form von Bankkonten oder Grundbesitz, in Deutschland befindet, und zwar auch dann nicht, wenn dieses noch so umfangreich ist ⁹⁰⁾. Selbst bei der begrüßenswerten weiten Auslegung des Niederlassungsbegriffs in § 238 KO, nach der zur Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals weniger strenge Voraussetzungen gestellt werden als in § 21

90) Bei geringem inländischen Vermögen würde schon § 107 KO zur Ablehnung der Konkurseröffnung ausreichen.

ZPO⁹¹⁾, besteht in vielen Fällen keine Zuständigkeit für eine inländische Konkurseröffnung. Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen seien aber im Stadium der Insolvenz, und ganz besonders

91) WEBER KTS 65/95 (107); a.A. BAUMGÄRTEL AWD 71/558f.

Die Tendenz zu möglichst weiten Konkurszuständigkeiten ist allgemein zu beobachten. In Frankreich wird zwar eine reine Vermögenszuständigkeit für den Konkurs groÙenteils bestritten (so GAVALDA S.216; aA THALLER S.889, Nr.1717; Colmar v.10.5.32 Cl.34/985). Dagegen hat sich die früher bestrittene Anwendung von Art.14, 15 Code Civil (dagegen: NIBOYET Bd.6, S.159, Nr.1637) seit der Entscheidung der Cour de Cassation v.7.6.62 (Cl.63/108) völlig durchgesetzt (vgl. PONSARD Cl.63/108; GAVALDA S.217). Danach kann ein Konkurs immer dann eröffnet werden, wenn entweder der Gemeinschuldner Franzose ist - unabhängig vom sonst maßgeblichen Geschäftssitz - oder auch nur ein Gläubiger und dieser die Konkurseröffnung beantragt. Diese Tendenz zur breiten Konkurszuständigkeit wird noch verdeutlicht durch die Entscheidung der Cour d'Appel v.10.11.60 (Cl.61/426), wo für das Gericht entscheidend war, daß das sonst für die Konkurseröffnung in Frage kommende Gericht am Geschäftssitz des Gemeinschuldners in Kamerun sich für unzuständig erklärt hatte und deshalb eine Ablehnung des Konkursantrages wegen fehlender Zuständigkeit eine Rechtsverweigerung bedeutet hätte.

Auch in England wurde die Konkurszuständigkeit für Ausländer mehr und mehr erweitert. Zunächst wurde ein Geschäftsraum des Schuldners in England gefordert (Re Lloyd Generale Italiano (1885) 29 Ch.D. 219). An diesen Begriff wurden immer weniger Anforderungen gestellt. So reichte in Re Toverishestvo Manufactur Liudvig Rabanek (1944) Ch. 404 bereits das Hotelzimmer eines Vertreters einer ausländischen Gesellschaft während eines Geschäftsbesuches in England aus. Schließlich wurde dieses Erfordernis gänzlich fallen gelassen und die Zuständigkeit englischer Gerichte zur Konkurs- oder Zwangsliquidationseröffnung bei Vorhandensein von Vermögen in England ohne weitere Anforderungen bejaht (Banque des Marchants de Mouscou v.Kindersley (1951) Ch. 112; Re Azoff-Don Commercial Bank (1954) Ch. 315; vgl. letzte Auflagen von DICEY S.487 ff., r.74; CHESHIRE S.494; GRAVESON S.559 ff.). Dabei ist allerdings zu beachten, daß sowohl das Konkurs- als auch das Liquidationsverfahren in den Bereich der "Equity" fallen und deshalb das Gericht die Verfahrenseröffnung aus Billigkeitsgründen ablehnen kann. Ähnlich hat sich das amerikanische Recht entschieden. Für die Konkurszuständigkeit ist nach Art.2 der amerikanischen Konkursordnung (11 U.S.C. § 11 (a)) das Vorhandensein von Vermögen ausreichend. Durch die Neufassung dieser Vorschrift vom 25.9.62 hat das Konkursgericht ausdrücklich das Recht erhalten, "to exercise, withhold or suspend the exercise of jurisdiction, having regard to the rights or convenience of local creditors and to all relevant circumstances, where a bankrupt has been adjudged bankrupt by a court of competent jurisdiction without the United States". Vgl.NADELMANN ZJP 66/43 ff.

bei dem in Deutschland herrschenden Prioritätsprinzip, eine unzureichende Lösung, weil dabei einzelne Gläubiger hinsichtlich ihrer gesamten Forderung befriedigt werden, andere dagegen leer ausgehen. Es sei nun nicht anzunehmen, daß die deutsche Konkurseröffnung diese an sich schon recht bedenkliche Vollstreckungsmöglichkeit in manchen, oft durchaus nicht bedeutungslosen Fällen ausschließlich vorsieht; vielmehr spreche auch diese Beschränkung der deutschen Konkurszuständigkeit dafür, daß sie vom Eingreifen des ausländischen Konkurses ausgehe⁹²⁾. Die inländische Einzelzwangsvollstreckung ist zwar auch bei der hier vertretenen Auslegung nicht ausgeschlossen⁹³⁾, jedenfalls kommt ihr aber nicht wie bei der völligen Nichtanerkennung des ausländischen Konkurses die erheblich bedeutendere ausschließliche Position zu.

b) Die Nachteile der inländischen Gläubiger bei der Einzelzwangsvollstreckung

Dieses Argument gewinnt bei genauerer Untersuchung der Auswirkungen der Einzelzwangsvollstreckung nach § 237 KO noch an Bedeutung. Während nämlich diese Vorschrift zum Schutz und Vorteil der inländischen Gläubiger geschaffen wurde⁹⁴⁾ und all-

92) MÜLLER-FREIENFELS S.379; FÜRGER S.85

93) So aber richtungsweisend die äußerst vernünftige Regelung des englischen Rechts, wo schon seit der Entscheidung in "Solomons v. Ross" aus dem Jahre 1764 (1 H.Bl.131; vgl. dazu NADELMANN 9 MLR 154 ff.) feststeht, daß jedenfalls inländisches bewegliches Vermögen ohne weiteres mit Konkursöffnung unter die Verfügungsgewalt des ausländischen Konkursverwalters fällt und Einzelzwangsvollstreckungen in dieses Vermögen nicht mehr möglich sind. Die inländischen Konkurszuständigkeiten werden als ausreichender Schutz der inländischen Gläubiger vor den Nachteilen, die ausländische Konkurse mit sich bringen können, erachtet.

94) HAHN'sche Materialien, Motive II S.458;
JÄGER § 237, II 1

gemein auch nicht angezweifelt wird, daß dieser Zweck erreicht wird ⁹⁵⁾, zeigt eine genaue Gegenüberstellung der Chancen der inländischen und der ausländischen Gläubiger, daß bei den heutigen technischen Verhältnissen Vorteile für die ersteren kaum ersichtlich sind und eher das Gegenteil eintritt, weil die Gläubiger des Konkurseröffnungsstaates auf Grund der öffentlichen Bekanntmachung in ihrem Land in der Regel früher als andere Gläubiger von der Konkurseröffnung erfahren und deshalb den inländischen Gläubigern bei der Einzelzwangsvollstreckung zuvorkommen können ⁹⁶⁾.

aa) Rechtliche Gleichbehandlung von in- und ausländischen Gläubigern

Zunächst ist davon auszugehen, daß sämtliche Vollstreckungsmöglichkeiten, die den inländischen Gläubigern zu Gebote stehen, auch von den ausländischen Gläubigern benutzt werden können. Dies ergibt sich für die Beteiligung an inländischen Konkursverfahren schon aus § 5 KO. Auch für die Einzelzwangsvollstreckung nach § 237 KO ist es allgemein anerkannt ⁹⁷⁾. Ein anderes Ergebnis würde hinsichtlich der ausländischen Gläubiger, die nicht dem Konkurseröffnungsstaat angehören, schon wegen des Gleichheitssatzes des Art. 3 GG nicht möglich sein. Hier wäre nämlich für eine unterschiedliche Behandlung gegenüber inländischen Gläubigern kein sachlicher Differenzierungsgrund ersichtlich; ein Österreicher erfährt z.B. vom Konkurs eines Amerikaners in dessen Heimatstaat auch nicht früher als ein Deutscher. Auch wenn man nur die Gläubiger des Konkurseröffnungsstaates nicht zur Einzelzwangsvollstreckung zulassen wollte, wäre dies wegen

95) NADELMANN KTS 71/77; MÜLLER-FREIENFELS S.366; aa GRASMANN Rz.1133

96) Einen Fall, bei dem inländische Gläubiger bei der Einzelzwangsvollstreckung zu kurz kamen, behandelt RG 153/200 ff.

97) RG 153/200; JÄGER-LENT § 14, Rz.35; JÄGER § 237, Anm.1; MENTZEL-KUHN § 14, Anm.16, § 237, Anm.3; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 237, Anm.1

der in den EWG-Verträgen und den sonstigen Handels- und Freundschaftsabkommen enthaltenen Diskriminierungsverbote äußerst problematisch. Durch eine solche Sonderregelung würde die Gläubigergruppe, die meist das Hauptkontingent der Gläubiger stellt, schwer benachteiligt. Während sich nämlich am Konkurs, also an der Vollstreckung in das in ihrem Land belegene Vermögen, - jedenfalls in den meisten Ländern ⁹⁸⁾ - alle Gläubiger beteiligen können, würde das in Deutschland belegene Vermögen, soweit keine inländische Konkurszuständigkeit besteht, lediglich - oder bei Koppelung mit der hier vertretenen Anerkennungsmöglichkeit des ausländischen Konkurses jedenfalls bevorzugt - den anderen Gläubigern als Haftungsgrundlage zur Verfügung stehen. Damit würden wir zu Verhältnissen zurückkehren, die der wirtschaftlichen Entwicklung und dem zwischenstaatlichen Handel äußerst abträglich sind und die MEILI schon im Jahre 1909 für überwunden erklärt ⁹⁹⁾.

Es ist also festzuhalten, daß die ausländischen Gläubiger ebenso wie die inländischen ein Urteil oder einen Arrest am Gerichtsstand des Vermögens nach § 23 ZPO bzw. § 919 ZPO erwirken und dementsprechend vollstrecken können. Es besteht demnach rechtliche Gleichheit zwischen allen Gläubigern.

bb) Tatsächliche Vorteile der inländischen Gläubiger

Auf tatsächlichem Gebiete scheinen sich zunächst einige Vorteile für die inländischen Gläubiger zu ergeben. Sie sind im allgemeinen vom inländischen Gerichts- oder Vollstreckungsort nicht so weit entfernt wie die ausländischen Gläubiger. Sie haben keine Sprachschwierigkeiten; ihnen wird genauere Kenntnis des Lageortes und des Umfanges des in Deutschland belegenen Vermögens nachgesagt. Zum ersten Punkte muß jedoch bemerkt werden, daß auch ein deutscher Gläubiger sehr weit vom Gerichtsort entfernt wohnen

98) Vgl. o.S. 98, Fn 76

99) MEILI Lehrbuch S. 37 f.

kann, möglicherweise weiter als viele ausländische Gläubiger. Außerdem ist es durch die Entwicklung der Verkehrs- und Telekommunikationsmittel kein großes Problem, einen Rechtsanwalt an diesem Ort mit der Wahrnehmung der Interessen zu betrauen. Auch Sprachschwierigkeiten werden im Ernstfalle keine nennenswerten Verzögerungen hervorrufen, da zumindest in den verkehrsüblichen Sprachen über die Konsulate ein Rechtsanwalt zu finden sein wird, der beider Sprachen mächtig ist oder der umgehend einen Dolmetscher beiziehen kann. Ebenso ist beim letzten Punkt nicht davon auszugehen, daß sich der ausländische Gläubiger grundsätzlich in einer schlechteren Position befindet als der inländische: Großenteils sind wichtigere Vermögensteile, wie z.B. Niederlassungen und Beteiligungen an Unternehmen auch im Ausland bekannt; dies vor allem bei den zumeist betroffenen Kaufleuten. Andererseits ist nicht anzunehmen, daß ein inländischer Gläubiger die Existenz und die Lage von Vermögensstücken kennt, die der Schuldner entweder absichtlich geheimhält oder die wegen ihrer privaten Natur allgemein unbekannt sind. Ein Offenbarungseidverfahren wird in den meisten Fällen wegen Abwesenheit des Schuldners nicht möglich sein. Die vorstellbaren Vorteile der inländischen Gläubiger werden heutzutage also nur vereinzelt und unregelmäßig zum Tragen kommen.

cc) Tatsächliche Vorteile der Gläubiger des Konkurseröffnungsstaates

Demgegenüber muß aber auf einen ganz entscheidenden Vorteil der Gläubiger des Konkurseröffnungsstaates hingewiesen werden. Sie erfahren von der Konkurseröffnung umgehend durch die amtliche öffentliche Bekanntmachung; zumindest wird ihnen diese Möglichkeit gegeben. Für den inländischen Gläubiger besteht eine solche allgemeine Informationsmöglichkeit nicht. In den allermeisten Fällen wird er nicht das entsprechende ausländische Bekanntmachungsblatt beziehen. Dies ist vor allem in den Fällen, in denen das der Forderung zugrundeliegende Geschäft in Deutschland abgewickelt wurde, auch nicht zu erwarten; ein dahingehender Vorschlag wäre für die deutschen Gläubiger auch unzumutbar. Es würde

eine Vielzahl von Schwierigkeiten auftauchen, z.B. Sprachschwierigkeiten, Unkenntnis der zentralen Konkurszuständigkeit für den jeweiligen Vertragspartner, hoher Kostenaufwand. Der Aufwand zur Bewältigung dieser Schwierigkeiten müßte laufend im normalen Geschäftsbetrieb in Kauf genommen werden und nicht nur, wie bei der Beteiligung an einem ausländischen Konkursverfahren, wenn tatsächlich Leistungsschwierigkeiten des Schuldners auftauchen.

Die inländischen Gläubiger werden also von dem ausländischen Konkurs nur aus nichtamtlichen Quellen, also mehr oder weniger zufällig erfahren, im Normalfalle einige Tage später als die Gläubiger des Konkurseröffnungsstaates. Diesen Vorsprung können sich letztere bei der Einzelzwangsvollstreckung zunutze machen, so daß unter Umständen für die inländischen Gläubiger nichts mehr zu holen ist. Dies ist besonders schlimm in den Fällen, in denen nach § 238 KO kein Inlandskonkurs eröffnet werden kann und somit auch eine Anfechtung nach § 30 Z.2 KO nicht in Betracht kommt ¹⁰⁰⁾. In diesen Fällen ist er dann ausschließlich darauf angewiesen, seine Forderung beim ausländischen Konkurs anzumelden. Dessen Masse ist aber auf Grund der durch § 237 KO eröffneten Vollstreckungsmöglichkeiten unter Umständen erheblich verringert; dies kann allenfalls durch eine Einschußpflicht nach dem betreffenden ausländischen Konkursrecht wieder ausgeglichen werden ¹⁰¹⁾. Das Vertrauen der inländischen Gläubiger in die Haftung des hier belegenen Vermögens ist nach der jetzigen Regelung also keinesfalls gerechtfertigt.

Es ergibt sich also, daß die inländische Einzelzwangsvollstreckung nach § 237 KO für die inländischen Gläubiger erhebliche praktische Nachteile gegenüber den Gläubigern des Konkurseröffnungsstaates mit sich bringt, die durch die für sie bestehenden Vor-

100) Vgl. NADELMANN ZP 66/43 und ZP 76/212 ff. zu derselben Frage aus der Sicht des amerikanischen Rechts.

101) Siehe o.S. 96, Fn. 70

teile kaum ausgeglichen werden. Wenn diese Benachteiligung auch nicht ausreichen wird, das Willkürverbot des Art.3 GG eingreifen zu lassen und § 237 KO als verfassungswidrig zu erachten ¹⁰²⁾, so kann man doch die aufgezeigten Schwächen zur Unterstützung des Arguments heranziehen, daß einer solch unzulänglichen Lösung nicht über Auslegungsnotwendigkeiten hinaus für einen nicht unerheblichen Teil ihres Anwendungsfeldes die Bedeutung der Ausschließlichkeit zukommen kann.

102) Die Frage der Verfassungsmäßigkeit stellt sich, weil auch Kollisionsnormen bei fehlender Sachgerechtigkeit gegen den Gleichheitssatz verstoßen können (FERID S.136). Ein solcher Verstoß liegt nicht nur vor, wenn wesentlich Gleiches vom Gesetz ungleich behandelt wird, sondern auch, wenn wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt wird (vgl.u.a. BVGE 4/155; 4/42; 16/24). Daß der Gesetzgeber mit § 237 KO die inländischen Gläubiger bevorzugen und nicht benachteiligen wollte, kann bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit nicht von Bedeutung sein; vielmehr ist allein entscheidend, wie das Gesetz sich tatsächlich auswirkt (vgl. SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN Art.3, Rz.15). Dabei müssen die derzeit herrschenden Verhältnisse, also auch der derzeitige Entwicklungsstand der Verkehrs- und Telekommunikationsmittel, berücksichtigt werden (BVerfG v.11.5.70, WM 70/875 = BB 70/956, wo Art.4 I S.5 EStG auf Grund von Strukturveränderungen in der Landwirtschaft für verfassungswidrig erklärt wurde), da die jetzt geltenden Gesetze ja unseren derzeitigen Lebensverhältnissen gerecht werden sollen.

Zu bedenken ist aber, daß dem Gesetzgeber ein weiter Ermessensspielraum zusteht (BVGE 3/185; 26/302 (310)) und nur Gesetzlichkeiten, die in der Sache selbst liegen und die fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft entsprechend (SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN Art.3, Rz.16) bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit nach Art.3 GG entscheidend sein und zu einer Aufhebung der gesetzlichen Regelung führen können (BVGE 3/182; 11/115; 25/269 (292 f.)). Dieser Spielraum dürfte aber wegen der angeführten möglichen Vorteile der inländischen Gläubiger noch nicht überschritten sein.

Zusammenfassung

Vom Standpunkt des deutschen internationalen Konkursrechts ist die Verfügungsbefugnis des ausländischen Konkursverwalters über das im Inland belegene Vermögen anzuerkennen, soweit sie nicht nach §§ 237, 238 KO eingeschränkt ist. Dies trifft auch für die Stellung des Gesellschaftskonkursverwalters zu. Aus diesem Grund sind die Urteile und Meinungen, die den ausländischen Gesellschaftskonkursverwaltern die Befugnis, inländisches Vermögen zur Konkursmasse zu ziehen, sowie die Legitimation zur Führung von Aktivprozessen zuerkennen, vom Ergebnis her zu begrüßen. Einer besonderen gesellschaftsrechtlichen Begründung bedurfte es jedoch nicht; wie wir vorher bereits festgestellt haben, war diese Argumentation sogar unrichtig.

II. Die Passivlegitimation

Die abgelehnte gesellschaftsrechtliche Begründung wird auch hinsichtlich der Passivlegitimation bei den der Vorbereitung der Einzelzwangsvollstreckung nach § 237 KO dienenden inländischen Prozessen herangezogen ¹⁰³⁾. In diesem Zusammenhang soll ebenfalls untersucht werden, ob die erreichten Ergebnisse vom allgemeinen internationalen Konkursrecht gedeckt sind.

1. Stand der Meinungen

Vom Standpunkt der Territorialisten, die jegliche Wirkung ausländischer Konkurse hinsichtlich des in Deutschland belegenen Vermögens verneinen, ist es konsequent, auch die Passivlegitimation ausschließlich dem Gemeinschuldner zuzusprechen ¹⁰⁴⁾.

103) NUSSBAUM S.456; HOFSTETTER AWD 62/82; RG 14/412 ff.

104) JÄGER § 237, Anm.4; MENTZEL-KUHN § 237, Anm.4; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 237, Anm.1; HOFSTETTER AWD 62/82

Wenn jedoch grundsätzlich die Erstreckung der Wirkungen des ausländischen Konkurses auch auf das Inland anerkannt werden, stellt sich die Frage, in wieweit sich hier die durch § 237 KO ausgesprochene Begrenzung der Anerkennung auswirkt. Dabei wird so ziemlich jede logisch denkbare Lösung vertreten. Eine Gruppe, darunter mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts, ist der Ansicht, daß die Passivlegitimation ausschließlich beim Gemeinschuldner liege. Um der nach § 237 KO zulässigen Rechtsverfolgung die notwendige Effektivität zu verleihen, sei es die notwendige Konsequenz, daß diese Rechtsverfolgung sich gegen den Gemeinschuldner und nicht gegen den Konkursverwalter und auch nicht gegen den Gemeinschuldner, vertreten durch den Konkursverwalter, richte ¹⁰⁵⁾. HAGEMANN kommt zu diesem Ergebnis über seine Auslegung von § 237 KO, in dem er eine gesetzliche Fiktion sieht, nach der die (grundsätzlich anzuerkennende) Beschlagnahme zugunsten des ausländischen Konkurses hinsichtlich des inländischen Vermögens als nicht eingetreten gilt, soweit es sich um Befriedigungsmaßnahmen nach dieser Vorschrift handelt. Auf Grund dieser Fiktion könne weiterhin der Gemeinschuldner verklagt werden; den Gläubigern darüber hinaus wahlweise einen weiteren Prozeßgegner zu geben, sei sinnlos ¹⁰⁶⁾.

Demgegenüber führt das Reichsgericht an anderer Stelle aus, daß zwar die Klage normalerweise gegen den Gemeinschuldner zu richten sei, der Konkursverwalter aber das Recht, nicht jedoch die Pflicht habe, in den Prozeß einzutreten ¹⁰⁷⁾. WOLFF hält dem zu Recht entgegen, daß diese Wahlmöglichkeit des Konkursverwalters nur dann zutreffe, wenn das Konkursstatut dies vorsehe ¹⁰⁸⁾. Die Pflichten des Konkursverwalters werden ausschließ-

105) RG 14/405; 14/417; 16/337; NUSSBAUM S.453; HAGEMANN Diss. S. 34

106) HAGEMANN Diss. S. 39

107) RG 6/408

108) WOLFF, Absonderungsrecht S. 146

lich nach dem Konkursstatut bemessen ¹⁰⁹⁾; lediglich die Frage der Durchsetzbarkeit wird durch das Belegenheitsstatut entschieden. Daß es auch das Reichsgericht mit der Wahlmöglichkeit nicht so ernst meint, ergibt sich daraus, daß es den Eintritt des Konkursverwalters bereits darin sieht, daß er sich auf die ihm zugestellte Klage dahingehend einließ, daß diese auf Grund der ausländischen Konkursöffnung unzulässig sei. Diese Einlassung wurde als § 237 KO widersprechend für unbeachtlich befunden und der Konkursverwalter dem Klageantrag entsprechend verurteilt. BLEY, der die Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters hinsichtlich des inländischen Vermögens aus Gründen des Gläubigerschutzes solange nicht anerkennen will, als nicht sämtliche inländischen Gläubiger befriedigt sind ¹¹⁰⁾, ist der Ansicht, daß der Schutzzweck von § 237 KO nicht erfordere, die Passivlegitimation des ausländischen Konkursverwalters auszuschließen. Klagen gegen ihn seien unabhängig von seinem Willen zur Prozeßführung zulässig; dem Konkurs entspringende Einwendungen stünden ihm nicht zu ¹¹¹⁾.

Nach FÖRGER beläst § 237 KO zwar die Passivlegitimation zum Schutze der inländischen Gläubiger grundsätzlich beim Gemeinschaftschuldner. Die geschützten Personen hätten aber das Recht, auf diesen Schutz zu verzichten. Dann müßten sie aber auch die anderen Folgen des ausländischen Konkurses gegen sich gelten lassen, so z.B. die Unzulässigkeit der Klage, wenn diese nach dem Konkursstatut vorgesehen ist ¹¹²⁾. Wieso nur dieser globale Verzicht auf den Schutz möglich sein soll, begründet FÖRGER nicht.

109) NUSSBAUM S.451

110) Vgl.o.S. 100, Fn. 85

111) BLEY JW 37/1507; ebenso HESS S.32

112) FÖRGER S.144

2. Eigene Lösung

Auch bei diesem Problem ist eine Entscheidung dem Wortlaut von § 237 KO nicht zu entnehmen. Aus ihm geht nur die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung hervor. Darüber hinaus haben wir - wie auch allgemein anerkannt ist - auf Grund einer teleologischen Auslegung festgestellt, daß auf Grund dieser Vorschrift auch noch Prozesse zur Erlangung von Titeln für die Zwangsvollstreckung ins inländische Gemeinschuldnervermögen nach der ausländischen Konkurseröffnung weitergeführt und sogar noch begonnen werden können ¹¹³⁾. Daraus folgt jedoch nicht notwendig, daß der richtige Beklagte für solche Prozesse der Gemeinschuldner ist. Es ist vielmehr durchaus denkbar, daß solche Klagen gegen den Konkursverwalter zu richten sind, dem grundsätzlich die Vermögensfürsorge und Verfügungsbefugnis hinsichtlich des inländischen Vermögens zusteht. Es steht mit der Zulassung dieser Prozesse lediglich fest, daß sich der Beklagte - sei es nun Gemeinschuldner oder Konkursverwalter - nicht auf die Unzulässigkeit wegen des ausländischen Konkurses berufen kann ¹¹⁴⁾. Die Passivlegitimation des Gemeinschuldners müßte also auf einer nochmaligen teleologischen Erweiterung von § 237 KO beruhen.

a) Die Passivlegitimation des Gemeinschuldners

Müßte der Gläubiger gegen den Konkursverwalter vorgehen, so wären die inländischen Gläubiger gegenüber denen des Konkurseröffnungsstaates noch mehr benachteiligt, als es bereits sowieso der Fall ist ¹¹⁵⁾. In vielen Fällen werden sie nämlich bei Klageerhebung nicht wissen, daß ihr Schuldner im Ausland in Konkurs gegangen ist. Wäre dann das gerichtliche Vorgehen gegen den Gemeinschuldner unzulässig und müßte es gegenüber dem Konkursverwalter nachgeholt werden, so würden ihnen die Gläubiger des Konkurseröffnungsstaates,

113) Vgl.o.S. 99

114) Ebenso RG 6/408

115) Vgl.o.S. 108 ff.

die über die öffentliche Bekanntmachung in ihrem Lande von der Konkurseröffnung erfahren, zuvorkommen. Auch ein Gutgläubensserfordernis wird man an den Kläger nicht stellen können. Er mag nämlich durchaus erfahren haben oder befürchten, daß sein Schuldner im Ausland in Konkurs gegangen ist; damit ist aber noch nicht gesagt, daß er auch weiß, wer Konkursverwalter ist und ob dieser nach dem Konkursstatut auch für das im Ausland belegene Vermögen zuständig ist. Würde ihm eine Nachforschungspflicht obliegen, so würde sein Vorgehen dermaßen erschwert, daß er in den meisten Fällen nicht mehr zum Zuge käme ¹¹⁶⁾.

Der Schutzzweck von § 237 KO erfordert also unbedingt, ein Vorgehen gegen den Gemeinschuldner selbst als zulässig zu erachten. Dem Interesse der Konkursmasse wird durch die unten behandelte Eintrittsmöglichkeit des ausländischen Konkursverwalters in die anhängigen Prozesse Genüge getan ¹¹⁷⁾.

b) Die Passivlegitimation des Konkursverwalters

Mit dieser Eröffnung der Klagemöglichkeit gegen den Gemeinschuldner ist aber nichts gegen die eigentliche Zuständigkeit des Konkursverwalters auch für Passivprozesse gesagt. Der Einwand, daß neben der Passivlegitimation des Gemeinschuldners eine weitere des Konkursverwalters sinnlos sei, stellt sich bei genauerer Untersuchung der Interessenlage als unbegründet heraus.

Es ist zwar richtig, daß für den Gläubiger durch die Eröffnung des alternativen Vorgehens gegen den Gemeinschuldner oder den Konkursverwalter ein Vorteil nicht entsteht. Für seine Bedürfnisse ist durch die Eröffnung der Klagemöglichkeit gegen den

116) Ähnlich HOFSTETTER AWD 62/82. Zur Problematik der Gutgläubigkeit als Maßstab im internationalen Privatrecht allgemein: Vgl. GRASMANN Rz. 39

117) Vgl. u.S. 118 f.

Gemeinschuldner genügend gesorgt; vor allem kommt ihm sehr zu-
statten, wenn er - wie hier vertreten - unabhängig von der Aus-
gestaltung des ausländischen Konkurses und unabhängig davon, ob
es sich um einen Konkurs über das Vermögen einer natürlichen
Person, einer Gesellschaft oder über einen Nachlaß¹¹⁸⁾ handelt,
so vorgehen kann, als ob der ausländische Konkurs nicht exi-
stierte.

Zu bedenken sind jedoch auch die Interessen der Konkursmasse und
der dahingerstehenden Gläubiger. Diese sind durch die Maßnahmen
nach § 237 KO insofern betroffen, als die inländischen Vermögens-
werte nicht zur ausländischen Konkursmasse gezogen werden können,
wenn diese Vollstreckungshandlungen erfolgreich sind. Hat aber
der Gemeinschuldner die Beklagtenposition inne, so ist zu befürch-
ten, daß er den Prozeß nur mit halber Kraft führt, da es ihm oft

118) Vgl. zum Nachlaßkonkurs RG JW 99/227: Hier beging das Reichs-
gericht einen ähnlichen Fehler wie bei den Entscheidungen zu
den Gesellschaftskonkursen. Die falsche, in diesem Falle
erbrechtliche Argumentation war hier besonders schwerwiegend,
weil sie nicht wie bei den Gesellschaftskonkursen lediglich
dazu verwendet wurde, die Passivlegitimation des Gemeinschuld-
ners zu begründen (die aus anderen Gründen tatsächlich gege-
ben ist), sondern das Vorgehen gegen die sonst zuständigen
Erben, ja sogar eine Vollstreckung in das inländische Ver-
mögen überhaupt für unzulässig zu erklären.

Ein in Rußland in Konkurs gegangener Schuldner war nach Kon-
kurseröffnung verstorben; ein Arrest über in Deutschland be-
legenes Vermögen wurde den Erben zugestellt. Diesen Arrest
erachtete das Reichsgericht als unzulässig, weil nach dem
russischen Erbrecht eine Beerbung gar nicht eintrete, wenn
der Erblasser sich im Konkurs befunden habe. Diese Bestim-
mung wird als erbrechtlich qualifiziert und dementsprechend
angewandt. Nach richtiger Meinung kann der Schutz der inlän-
dischen Gläubiger, der in der Möglichkeit von inländischen
Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach deutschem Recht liegt,
nicht dadurch ausgeschaltet werden, daß ein vollstreckungs-
rechtliches Problem, nämlich die Erfassung des Schuldnerver-
mögens für die Konkursmasse und die Verdrängung der sonst
Verfügungsberechtigten, in ein erbrechtliches Gewand ge-
steckt wird.

gleichgültig sein wird, ob sein Vermögen zur Konkursmasse gezogen oder anderweitig verwendet wird. Wenn auch nach vielen Konkursrechten - wie in Deutschland nach § 164 KO - die nicht durch die Konkursdividende befriedigten Forderungen bestehen bleiben, so wird nicht selten der Gemeinschuldner, für dessen Sorglosigkeit in finanziellen Angelegenheiten schon die Konkurs-eröffnung spricht, an eine spätere Inanspruchnahme zu diesem Zeitpunkt nicht denken. Dieses Argument ist bei Gesellschaften besonders gewichtig, da diese im Regelfall mit Konkursende zu bestehen aufhören und eine spätere Inanspruchnahme deshalb normalerweise nicht in Betracht kommt. Eine Prozeßführung durch den Konkursverwalter, dessen Aufgabe es unter anderem auch ist, dafür zu sorgen, daß nur wirklich bestehende Forderungen oder jedenfalls nur solche, denen die Konkursgläubiger nicht widersprechen, bei der Vermögensverteilung zu Grunde gelegt werden, ist für die Konkursgläubiger jedenfalls sehr viel sicherer und vorteilhafter.

Wie wir aber schon festgestellt haben, erklärt § 237 KO die Interessen des ausländischen Konkurses nicht für grundsätzlich unbeachtlich, sondern nur den Schutz der Gläubiger durch inländische Vollstreckungsmaßnahmen für vorrangig. Wenn nun ein Gläubiger sofort gegen den Konkursverwalter klagt, so greift § 237 KO jedenfalls hinsichtlich der Frage der Passivlegitimation überhaupt nicht ein, weil der Grund für die Passivlegitimation des Gemeinschuldners, nämlich die Unkenntnis des eigentlich zuständigen Prozeßgegners, nicht zutrifft. Aus einer Klageerhebung gegen den Konkursverwalter zugleich einen völligen Verzicht auf den Schutz dieser Vorschrift entnehmen zu wollen, ist durch nichts gerechtfertigt. Der Kläger bringt vielmehr mit der Klage zum Ausdruck, daß er sich auf deren Schutz insofern beruft, als dadurch das Zuständigkeitshindernis des Konkurses aus dem Wege geräumt wird. Einer Klageerhebung gegen den Konkursverwalter steht also nichts im Wege.

c) Die Eintrittsbefugnis des Konkursverwalters

Dieselbe Argumentation führt auch dazu, dem ausländischen Konkursverwalter eine Eintrittsbefugnis in bereits anhängige Verfahren zuzugestehen, und zwar gleichgültig, ob diese vor oder nach Konkurseröffnung begonnen wurden. Wie wir festgestellt haben, liegt die eigentliche Legitimation für die Beklagtenposition - soweit das Konkursstatut dies vorsieht - beim Konkursverwalter. Er ist auch für die Verwaltung des inländischen Vermögens zuständig. Nur wenn ihm die Rolle des Beklagten in den Passivprozessen des Gemeinschuldners eingeräumt wird, kann er effektiv dafür sorgen, daß in Deutschland belegenes Vermögen nur dann entzogen wird, wenn die Forderung, wegen der vollstreckt wird, tatsächlich besteht und durchsetzbar ist.

§ 237 KO schränkt diese Legitimation allerdings zum Schutze der inländischen Gläubiger dahingehend ein, daß bei Konkurseröffnung anhängige Passivprozesse nicht unterbrochen werden und auch nach Konkurseröffnung noch gegen den Gemeinschuldner selbst vorgegangen werden kann, weil die inländische Vollstreckung nicht verzögert und damit letztlich ineffektiv gemacht werden soll ¹¹⁹⁾. Diese Möglichkeiten werden den inländischen Gläubigern aber nicht gegeben, daß sie sich den Prozeßgegner aussuchen können, von dem sie am wenigsten Widerstand erwarten oder der ihnen aus irgendeinem anderen Grund am angenehmsten ist, sondern nur um die geschilderte Verzögerung mit ihren Konsequenzen zu verhindern. Dieser Grund trifft jedoch nicht zu, wenn sich nachträglich der ausländische Konkursverwalter meldet und die Position, die ihm

119) Vgl. o.S. 114/115

eigentlich zusteht, auch tatsächlich wahrnehmen will ¹²⁰⁾. Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Passivlegitimation des Gemeinschuldners nur auf einer extensiven teleologischen Auslegung von § 237 KO beruht und eine teleologische Auslegung nur soweit gehen kann, als der Zweck der Vorschrift dies erfordert, wird man dem ausländischen Konkursverwalter die Eintrittsbefugnis nicht versagen können ¹²¹⁾.

Zusammenfassung

Auch die Legitimation bei Passivprozessen liegt, wenn das Konkursstatut eine Erstreckung des Konkurses auf in Deutschland belegenes Vermögen vorsieht, grundsätzlich beim Konkursverwalter. Dem Schutzzweck von § 237 KO ist jedoch zu entnehmen, daß Passivprozesse nicht unterbrochen werden und auch neue Klagen gegen den Gemeinschuldner selbst gerichtet werden können. Der Konkursverwalter kann jedoch jederzeit in die Beklagtenposition eintreten. Zur Begründung der Passivlegitimation des Gesellschafts-

120) Vom Ergebnis her ebenso: ital.Corte di Cass.v.16.1.1962, Cl.1964/340 = Rivista di diritto internazionale 1962/274, wonach die regelrechten Organe einer in Frankreich in Konkurs gegangenen französischen Gesellschaft, selbst wenn sie nach französischem Recht ihre Befugnis, einen Prozeß in Italien zu führen, verloren haben sollten, in Italien als prozeßführungsbefugt zu behandeln sind, soweit die Organe einer italienischen Gesellschaft für entsprechende Angelegenheiten prozeßführungsbefugt wären. Das Urteil bedient sich dieser Argumentation aber nur, um die Wirksamkeit der Klageerhebung zu begründen, läßt aber dann den Konkursverwalter der französischen Gesellschaft in den Prozeß eintreten und sieht einen eventuellen Mangel der Klageerhebung außerdem durch die nachträgliche Genehmigung der Prozeßführung als behoben an.

121) Die Frage, ob der Konkursverwalter hierzu auch verpflichtet ist, richtet sich nach dem Konkursstatut (s.o.S. 113, Fn.109). Dies ist nach deutschem Recht jedenfalls dann der Fall, wenn er dadurch zu verhindern können glaubt, daß ein Vermögensstück, das zur Konkursmasse gehört und dessen Hinzuziehung für die Masse vorteilhaft ist, dieser entzogen wird, und wohl auch dann, wenn es zwar auch sonst von einem anderen Gläubiger in Beschlag genommen wird, die Konkursmasse aber dadurch entlastet wird, daß dieser sich nicht am inländischen Konkurs mehr beteiligt.

konkursverwalters war also eine besondere gesellschaftsrechtliche Argumentation nicht nötig. Bezeichnend dafür, daß damit auch nur die Begründung der grundsätzlichen Passivlegitimation des Konkursverwalters neben der durch § 237 KO gegebenen Möglichkeit der Klageerhebung gegen den Gemeinschuldner, so wie er vor Konkurseröffnung gesetzlich vertreten war, gewollt war, ist, daß keine Entscheidung ersichtlich ist, in der die eigentliche Konsequenz aus der angeblichen Identität von Konkursverwalter und gesetzlichem Vertreter der Gesellschaft gezogen wurde und eine Klage gegen die Gesellschaft, vertreten durch die vor Konkurseröffnung Vertretungsberechtigten oder die satzungsmäßigen Liquidatoren, abgewiesen wurde.

III. Einzelfragen bei der Anerkennung ausländischer Gesellschaftskonkurse

1. Konkursfreier Bereich

Hinsichtlich der Zuständigkeit im konkursfreien Bereich tauchen beim Gesellschaftskonkurs zwei Probleme auf. Zunächst handelt es sich um die allgemein konkursrechtliche Frage, durch welches Statut bestimmt wird, ob ein Vermögensgegenstand zur Konkursmasse und deshalb unter die Verfügungsgewalt des Konkursverwalters und nicht des Gemeinschuldners fällt. Steht dann fest, daß es sich um den konkursfreien Bereich handelt, so stellt sich bei den Gesellschaften die Sonderfrage, ob nun die vor Konkurseröffnung zur Vertretung Befugten oder die Liquidatoren zuständig sind.

a) Umfang der Konkursmasse

Zum Umfang der Konkursmasse haben wir bereits festgestellt, daß ein Gegenstand jedenfalls dann nicht zur Konkursmasse gehört,

wenn das Konkursstatut dies nicht vorsieht ¹²²⁾. Auch erkennt das deutsche Recht den ausländischen Konkursbeschlagn hinsichtlich des inländischen Vermögens grundsätzlich an. Zu entscheiden ist also lediglich darüber, ob auch der nach dem Konkursstatut vorgesehene Beschlagn von Vermögen, das, wie der Neuerwerb, nach deutschem Konkursrecht nicht zur Konkursmasse zählen würde, anerkannt wird. Eine generelle Einschränkung der Anwendung des Konkursstatuts zum Schutz des Gemeinschuldners ist nicht angezeigt. Es ist nicht ersichtlich, warum er durch Verteilung seines Vermögens auf verschiedene Länder rechtlich schützenswerte Vorteile erlangen soll. Das Interesse der Gläubiger an einer gleichmäßigen Erfassung des Schuldnervermögens nach dem Recht des Staates, in dem der Gemeinschuldner seinen Vermögensmittelpunkt gewählt hat, auf das sich deshalb im Normalfalle die meisten Forderungen beziehen, muß als absolut vorrangig betrachtet werden ¹²³⁾. Ein Eingreifen des ordre public ¹²⁴⁾ für Fälle, in denen das Konkursstatut so viel zur Konkursmasse ziehen möchte, daß es nach unseren Vorstellungen als sittenwidrig betrachtet werden müßte, etwa weil das Existenzminimum für den Gemeinschuldner nicht mehr gewährleistet wäre, reicht zu seinem Schutze aus. Im Einbezug des Neuerwerbs wird man eine solche Verletzung des inländischen ordre public nicht sehen können; er wird also bei Gesellschaftskonkursen kaum je eingreifen.

Damit verbleibt der Schutz der inländischen Geschäftspartner, die auf die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners über nach inländischem Konkursrecht nicht zur Konkursmasse gehörenden Vermögen vertrauen. In der Tat kann man § 237 KO so auslegen, daß er nicht nur den Schutz der bei Konkurseröffnung vorhandenen inländischen Gläubiger, sondern den Schutz des inländischen

122) Siehe o.S. 78, Fn. 8

123) Vgl. o.S. 94 f.

124) Vgl. o.S. 89, Fn. 47

Geschäftsverkehrs ganz allgemein bezweckt. Dieser Schutz ist aber hier nicht so vordringlich wie bei der oben behandelten Passivlegitimation, weil die besondere Eilbedürftigkeit, die bei Rechtsverfolgungshandlungen durch die schlechte Finanzlage des Schuldners bedingt ist, bei neuen Geschäften nicht vorliegt. Das Erfordernis der Gutgläubigkeit scheint deshalb im Interesse der Konkursgläubiger durchaus angebracht; hat der Geschäftspartner Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners bezüglich eines bestimmten Vermögensstückes oder sind sie bei der gegebenen Sachlage dringend angezeigt, so obliegt ihm eine Nachforschungspflicht. Kommt er dieser nicht nach, so sind die Interessen der Konkursgläubiger am Verbleib des betreffenden Vermögensstückes in der Masse höher einzuschätzen.

Als Ergebnis können wir festhalten, daß der Konkursumfang auch insoweit vom Konkursstatut bestimmt wird, als er über den des inländischen Konkursrechts hinausgeht. Die Verfügungsbefugnis liegt deshalb auch hier beim Konkursverwalter und kann unter Beachtung des Schutzgedankens von § 237 KO lediglich gutgläubigen Geschäftspartnern nicht entgegengehalten werden.

b) Die Vertretung im konkursfreien Bereich

Im danach konkursfreien Bereich, hauptsächlich also wohl für das nach Konkursende verbleibende Vermögen, ist der Gemeinschuldner zuständig. Hier werden die Interessen des Konkurses nicht betroffen und deshalb kann das internationale Gesellschaftsrecht eingreifen¹²⁵⁾. Dieses kann die Zweckausrichtung und die Vertretung der gemeinschuldnerischen Gesellschaft in diesem Bereich regeln. Ist danach die Umwandlung des Erwerbs in den Auflösungszweck und der Übergang oder die Änderung der Vertretungsbefugnis vorgesehen, so ist dies auch bei uns anzuerkennen. Dabei sind jedoch wie auch bei sonstiger Auflösung

125) NUSSBAUM S.450, KUHN MDR 60/578; LOUSSOUARN-BREDIN S.811, Nr. 719

die inländischen Gutglaubensvorschriften zu berücksichtigen¹²⁶⁾.

2. Gemeinschuldnerstellung

Eine Einschränkung der Anerkennung der Vertretungsbefugnis der Liquidatoren wird man auch hinsichtlich der Gemeinschuldnerstellung zu beachten haben. Nach einhelliger Meinung sind die vor Auflösung Vertretungsberechtigten völlig aus der Gemeinschuldnerstellung entlassen, wenn der Konkurs im Liquidationsstadium eröffnet wird, also bereits zu diesem Zeitpunkt die Liquidatoren geschäftsführungsberechtigt waren¹²⁷⁾. Diese Regel wird man jedoch nicht heranziehen können, wenn eine ausländische Gesellschaft durch eine Konkursöffnung in ihrem Lande aufgelöst wurde und daraufhin zum Schutz der inländischen Gläubiger ein deutscher Konkurs nach § 238 KO eröffnet wird. Die Liquidatoren haben nämlich dann nie die volle Geschäftsführungsbefugnis innegehabt, sondern waren darin von Anfang an erheblich durch den ausländischen Konkursverwalter beschränkt. Eine umfassende Kenntnis der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft ist von ihnen also kaum zu erwarten. Soweit die Gemeinschuldnerstellung auf die frühere Geschäftsführung abstellt, sind daher nicht die Liquidatoren, sondern die vor der Auflösung begründenden Konkursöffnung zuständigen Vertretungsberechtigten heranzuziehen.

3. Passivlegitimation

Auch bei der Frage, gegen wen nach Konkursöffnung Vollstreckungsmaßnahmen nach § 237 KO zu ergreifen sind, kann die Maß-

¹²⁶⁾ Vgl. o. S. 74

¹²⁷⁾ Vgl. o. S. 37, 40

geblichkeit des Zugehörigkeitsrechts nicht uneingeschränkt gelten. Wie wir gesehen haben ¹²⁸⁾, können diese Maßnahmen auch gegen den Gemeinschuldner gerichtet werden. Bei Gesellschaften stellt sich nun die Frage, ob diese hierbei durch die bisherigen Vertreter oder die Liquidatoren vertreten werden. Wenn man sich vor Augen hält, daß die Passivlegitimation des Gemeinschuldners auf der möglichen Unkenntnis des vorgehenden Gläubigers vom Konkurs, der Person des Konkursverwalters und des Konkursrechts einerseits und der Eilbedürftigkeit des Vorgehens andererseits beruht, so wird klar, daß aus genau denselben Gründen bei einem Gesellschaftskonkurs nicht verlangt werden kann, daß in der Klage die richtigen gesetzlichen Vertreter aufgeführt sind. Weiß der Kläger nicht vom Konkurs, so weiß er auch nicht von der Auflösung durch den Konkurs. Außerdem ist in vielen Rechtsordnungen eine Auflösung durch Konkurs nicht vorgesehen; die genaue Kenntnis des ausländischen Gesellschaftsrechts kann aber vom Gläubiger nicht erwartet werden; eine Nachforschung ist wegen der gebotenen Eile nicht möglich. Eine gegen die gemeinschuldnerische Gesellschaft, vertreten durch die bisher Vertretungsberechtigten, eingelegte Klage muß daher als ausreichend betrachtet werden.

Andererseits ist denkbar, daß der Gläubiger vom Konkurs erfahren hat und weiß, daß dadurch nach dem Zugehörigkeitsrecht der Gesellschaft deren Auflösung eintritt; trotzdem muß er nicht zugleich die Person des Konkursverwalters kennen. In einem solchen Fall ist nichts dagegen einzuwenden, daß die Klage gegen die Gesellschaft, vertreten durch die Liquidatoren, eingelegt wird. Mit der Zulassung der Rechtsverfolgung gegen die gemeinschuldnerische Gesellschaft, vertreten durch die bisher Vertretungsberechtigten, wird letzteren ja nicht ein diesbezügliches Vertretungsrecht zugestanden, sondern nur die Gültigkeit der Maßnahmen soll im Interesse des Gläubigers nicht betroffen werden. Dazu ist aber nicht erforderlich, eine Maßnahme anzugreifen, bei der die Vertretungsverhältnisse korrekt dargestellt sind.

128) Vgl. o.S. 114/115

E. E r g e b n i s u n d r e c h t s p o l i t i s c h e r A u s b l i c k

Nach den vorangegangenen Untersuchungen erscheint es nicht gerechtfertigt, die Frage der Anerkennung eines ausländischen Gesellschaftskonkurses anders zu beurteilen als die Frage der Anerkennung eines Konkurses einer natürlichen Person. Die Vertreter einer Sonderlösung für den Gesellschaftskonkurs setzen sich m. E. nicht genügend mit den Besonderheiten des Gesellschaftskonkurses im allgemeinen und mit dem Verhältnis Konkursverwalter - Liquidator im besonderen auseinander. Lediglich das englische und einige ihm nachgebildete Rechte sehen nämlich für Gesellschaften ein besonderes, eigenen Regeln unterliegendes Insolvenzverfahren vor, bei dem dem Konkursverwalter auch die Funktionen eines Liquidators zukommen. In den übrigen Rechtsordnungen sind ebenso wie in der deutschen Konkursordnung für den Gesellschaftskonkurs lediglich einige Sonderregelungen vorgesehen. Der Konkursverwalter übernimmt jedoch keine eigentlich gesellschaftsrechtliche Stellung. Seine Aufgaben richten sich nach den allgemeinen Vorschriften für den Konkursverwalter; er wird nur zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung tätig, nicht jedoch zur Regelung gesellschaftsinterner Aufgaben, wie es für den Liquidator charakteristisch ist. Es ist aus diesem Grund verfehlt, von einer Liquidatorenstellung des Gesellschaftskonkursverwalters zu sprechen und ihn deshalb anzuerkennen, obwohl man andererseits den ausländischen Konkursverwalter bei einem Konkurs über das Vermögen einer natürlichen Person nicht anerkennt.

Auch wenn jedoch - wie im englischen Recht - dem Gesellschaftskonkursverwalter tatsächlich eine besondere, gesellschaftsrechtliche Position zukommt, d.h. wenn das Insolvenzorgan auch mit der Regelung innergesellschaftlicher Aufgaben betraut ist, so wird man nicht deshalb zu einer

Anerkennung kommen. Diese zusätzliche Aufgabe kommt nämlich nur in wenigen Fällen und in geringem Umfange zu Bedeutung; Auch bei diesen Insolvenzverfahren sind in erster Linie die Verhältnisse Schuldner - Gläubiger und Gläubiger untereinander ausschlaggebend. Wenn man aber ausländische Konkurse natürlicher Personen aus dem Grund nicht anerkennt, weil man eine Benachteiligung der inländischen Gläubiger befürchtet, die durch § 237 KO verboten wird, so wird man auch die Organe eines englischen Gesellschaftsinsolvenzverfahrens nicht anerkennen können. Es wäre nämlich nicht gerechtfertigt, inländische Gläubiger deshalb schlechter zu behandeln, weil ihr Schuldner eine ausländische Gesellschaft ist, über die in ihrem Heimatstaat ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann, das zugleich Liquidationsverfahren ist.

Die über die gesellschaftsrechtlichen Überlegungen erreichten Ergebnisse sind dennoch zu billigen, da davon auszugehen ist, daß das deutsche Internationale Konkursrecht ganz allgemein ausländischen Konkursverwaltern die über diesen Weg zuerkannten Befugnisse zugesteht: Einer sorgfältigen Auslegung nach grammatikalischen, historischen und teleologischen Gesichtspunkten kann nur entnommen werden, daß §§ 237 und 238 KO die Befugnisse des ausländischen Konkursverwalters, der im Lande des allgemeinen Gerichtsstandes des Gemeinschuldners bestellt wurde, nur soweit begrenzen, als die inländische Einzelzwangsvollstreckung, inländische Insolvenzverfahren und ganz allgemein Maßnahmen zur Befriedigung aus inländischem Vermögen durch die ausländische Konkursöffnung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden sollen. Die Verfügungsbefugnis und damit die Befugnis zur Führung zu Aktivprozessen wird dem ausländischen Konkursverwalter jedoch zugestanden. Ebenso kann er auch Gegner der weiterhin zulässigen inländischen Befriedigungsmaßnahmen, also auch eines inländischen Passivprozesses über eine im Inland belegene Forderung sein, da eine zweckangemessene Auslegung von § 237 KO lediglich die weitere Zu-

lässigkeit des Vorgehens gegen den Gemeinschuldner neben der Zulässigkeit des Vorgehens gegen den eigentlich zuständigen Konkursverwalter erfordert. Einer besonderen gesellschaftsrechtlichen Begründung bedürfen diese Ergebnisse nicht.

Die im Rahmen der vorliegenden Arbeit angestellten Überlegungen haben aber auch ergeben, daß das deutsche internationale Konkursrecht in hohem Maße reformbedürftig ist. Dies nicht nur deshalb, weil es so mißverständlich gefaßt ist, sondern auch, weil die Vorstellungen, die zur jetzigen Regelung geführt haben, nicht zutreffen.

Dies gilt vor allem für die weitere Zulassung der Einzelzwangsvollstreckung nach Eröffnung des ausländischen Konkurses. Während der Gesetzgeber davon ausgeht, dadurch die inländischen Gläubiger zu schützen, wird dieser Schutz - wie wir gesehen haben ¹⁾ - nicht erreicht; Vorteile erlangen dadurch in erster Linie die wirtschaftlich starken Gläubiger des Konkurseröffnungsstaates, die als erste von der Konkurseröffnung erfahren und sich den Vorteil der bevorzugten Befriedigung durch umgehende Einzelzwangsvollstreckung in das inländische Vermögen sichern können. Ist einmal in dem Land, das man für eine universale Schuldenbereinigung am geeignetsten hält, der Konkurs eröffnet, so muß davon ausgegangen werden, daß Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht mehr zu einer gerechten Gläubigerbefriedigung führen können. Eine ersatzlose Streichung von § 237 KO scheint deshalb angezeigt.

Bei einer Neuregelung müßte darüberhinaus neu überdacht werden, welchem Land diese zentrale Konkurszuständigkeit zukommen soll. Es scheint nämlich zweifelhaft, ob der willkürlich bestimmbare allgemeine Gerichtsstand ²⁾ als Kriterium geeignet

1) s.O.S. 108 ff.

2) also der Satzungssitz (§ 17 I ZPO) sowie der sonst als allgemeiner Gerichtsstand bestimmte Ort (§ 17 III ZPO).

ist. Ebenso wie man bei der inländischen Zuständigkeit eine Änderung veranlaßt hielt und der gewerblichen Niederlassung den Vorzug vor dem allgemeinen Gerichtsstand gab ³⁾, wird man auch hinsichtlich der zentralen internationalen Konkurszuständigkeit versuchen müssen, einen Anknüpfungspunkt zu finden, bei dem eher gewährleistet ist, daß im Normalfalle die gesamte Vermögenslage richtig erfaßt werden kann. Eine Angleichung an den EWG-Entwurf, der in Art. 3 vorsieht, daß die primäre internationale Zuständigkeit beim Land des Mittelpunkts der Geschäfts- und Lebensinteressen (*centre des affaires*) liegt, wäre sehr begrüßenswert.

Damit soll aber nicht einer unbeschränkten Universalität, deren Nachteile ebenfalls nicht zu unterschätzen sind ⁴⁾, das Wort geredet werden. Zum Schutze der inländischen Gläubiger ist unbedingt erforderlich, die Möglichkeit inländischer Territorialkonkurse vorzusehen. Dabei wird man sich überlegen müssen, ob man im Zuge der internationalen Tendenz zu möglichst weiten internationalen Konkurszuständigkeiten ⁵⁾ auch eine § 23 ZPO nachgebildete Vermögenszuständigkeit begründet oder - wie nach der jetzigen Regelung - diesen Schutz der inländischen Gläubiger nur für erforderlich hält, wenn - etwa durch das Vorhandensein einer inländischen Zweigniederlassung - ein ausreichender Vertrauensstatbestand geschaffen wurde ⁶⁾.

Hinsichtlich der Konkurseröffnungsvoraussetzungen bei einem Territorialkonkurs wird man differenzieren müssen je nachdem, ob bereits im Land der primären internationalen Konkurszuständigkeit der Konkurs eröffnet wurde oder nicht. Im letzteren Fall wird man sich bei der Eröffnung des Territorial-

3) vgl. dazu LANDAU DJZ 1898/133; Begründung der Änderung im Kommissionsbericht, zit. bei JÄGER § 71, Anm. 9.

4) s.o.S. 95 ff.

5) s.o.S. 104, Fn. 91

6) vgl. BAUMGÄRTEL AWD 71/560

konkurses höchste Zurückhaltung aufzuerlegen haben. Es spricht dann nämlich eine erhebliche Vermutung dafür, daß die Vermögenslage des Schuldners insgesamt doch nicht so schlecht ist, so daß Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen durchaus noch sinnvoll und als die geringeren Eingriffe in die Sphäre des Schuldners vorzuziehen sind. Eine Konkurseröffnung, auch die Eröffnung eines Territorialkonkurses, ist nämlich dazu angetan, das wirtschaftliche und persönliche Ansehen des Schuldners erheblich zu beeinträchtigen.

In diesem Zusammenhang ist vor allem einer fragwürdigen Meinung zum Konkursgrund der Überschuldung bei Territorialkonkursen entgegenzutreten. Nach allgemeiner Meinung wird bei Konkursen, bei denen der Gemeinschuldner einen allgemeinen Gerichtsstand in Deutschland hat, die Überschuldung dadurch festgestellt, daß man die gesamten - auch die ausländischen - Aktiva mit den gesamten Passiva vergleicht. Beim beschränkten Konkurs nach § 238 KO glaubt man jedoch, die gesamten Verbindlichkeiten - da sich auch beim beschränkten Konkurs alle Gläubiger beteiligen können - lediglich dem inländischen Aktivvermögen gegenüberstellen zu dürfen, weil nur dieses vom Konkurs erfaßt werde ⁷⁾. Diese unterschiedliche Berechnung der Überschuldung kann jedoch nicht richtig sein, da damit nahezu über jede ausländische Gesellschaft in Deutschland der Konkurs eröffnet werden könnte, weil selbst finanziell prächtig dastehende Gesellschaften nicht in jedem Land so viel Aktivvermögen haben können wie insgesamt Verbindlichkeiten. Gesellschaften, über die in Deutschland kein Gesamtkonkurs eröffnet werden kann, wären bei diesem unsinnigen Vergleich eines Bruchteils der Aktiva mit der Gesamtheit der Passiva laufend bedroht, durch mißgünstige Konkurrenten einer vertrauenszerstörenden, jedenfalls aber lästigen Konkurseröffnung ausgesetzt zu werden. Sinn

7) JÄGER § 238, Anm. 3; MENTZEL-KUHN § 238, Anm. 7

eines Territorialkonkurses ist nicht, die Konkursgründe bei ausländischen Gesellschaften zu erweitern, sondern nur, eine vom Ausland unabhängige Gesamtbefriedigungsmöglichkeit hinsichtlich des inländischen Vermögens zu schaffen. Auch hier müssen also für die Frage der Überschuldung die gesamten Aktiva in Betracht gezogen werden.

Natürlich können auch rein inländische Schwierigkeiten zur Notwendigkeit der Eröffnung eines Territorialkonkurses führen. So liegt der Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit dann vor, wenn im Ausland belegene Vermögensgegenstände wegen rechtlicher Schwierigkeiten, etwa wegen eines Ausfuhrverbotes oder wegen Devisenbeschränkungen, nicht zur Befriedigung der inländischen Gläubiger herangezogen werden können⁸⁾. Wegen der Schwere des Eingriffs ist jedoch besondere Zurückhaltung bei der Eröffnung eines Territorialkonkurses geboten; es ist deshalb sehr sorgfältig zu prüfen, ob ein Konkursgrund tatsächlich vorliegt. Vor allem schiene ein Regulativ über ein erschwertes Antragserfordernis etwa in der Form angebracht, daß ein Territorialkonkurs vor Eröffnung des Konkurses im Land der zentralen Zuständigkeit nur auf Antrag von Schuldnern zulässig ist, deren Forderungen wenigstens einen bestimmten, nicht zu niedrig festzusetzenden Betrag erreichen.

Völlig anders ist die Lage, wenn bereits der Konkurs im Land der zentralen Zuständigkeit eröffnet wurde; hier kommen persönliche Rücksichten auf den Schuldner nur noch in geringem Umfange ins Spiel; die Notwendigkeit eines Insolvenzverfahrens ist hinreichend dargetan. Im Interesse einer möglichst raschen Entscheidung über die Eröffnung des Territorialkon-

8) nicht aber dann, wenn sich der Schuldner nur weigert, sein im Ausland belegenes Vermögen zur inländischen Gläubigerbefriedigung heranzuziehen (vgl. MENTZEL-KUHN § 102, Anm.1; BGH WM 57/68); in einem solchen Falle wäre Einzelzwangsvollstreckung im Ausland ausreichend.

kurses ist daher an eine Ausweitung von § 238 III KO zu denken, nach der das inländische Gericht weder Konkursfähigkeit noch Konkursgrund zu prüfen brauchte. Um auch diese Möglichkeit jedoch nicht über Gebühr auszuweiten und nur dann zur Eröffnung eines Territorialkonkurses zu gelangen, wenn im Einzelfall Nachteile für die inländischen Gläubiger bei Einlieferung des inländischen Vermögens in den Universalkonkurs zu befürchten sind, sollte auch hier ein - allerdings geringer anzusetzendes - Erfordernis für die Antragsstellung gelten. Außerdem sollte der Territorialkonkurs zu jeder Zeit zugunsten des Universalkonkurses einstellbar sein, wenn sich ein näher zu bestimmender Prozentsatz der Gläubiger hierfür ausspricht.

Um zu vermeiden, daß der ausländische Konkursverwalter bis zur Eröffnung des inländischen Territorialkonkurses das gesamte inländische Vermögen des Gemeinschuldners oder einen wesentlichen Teil davon aus dem Inland abzieht, wäre es sinnvoll, dem ausländischen Konkursverwalter zunächst nur die Befugnis zu vermögenserhaltenden Maßnahmen zuzugestehen; erst nach Ablauf einer bestimmten Frist, z.B. 4 Wochen, nach Mitteilung der Eröffnung des ausländischen Universalkonkurses an das im Inland für die Eröffnung des Territorialkonkurses zuständige Gericht (oder an eines der eventuell mehreren zuständigen Gerichte) durch den ausländischen Konkursverwalter sollte er, wenn kein inländischer Konkurs eröffnet wurde, die volle Verfügungsbefugnis erhalten.

Bei der Neuordnung des deutschen internationalen Konkursrechts sollte ferner wie auch bei der Schaffung des EWG-Entwurfes ⁹⁾ berücksichtigt werden, daß eine ausländische Konkurseröffnung und deren Bekanntmachung im Rahmen von § 8 KO nicht einer inländischen gleichzusetzen ist und damit ein inländischer Schuldner nach einer ausländischen

9) vgl. Art.26 des EWG-Entwurfes

Konkurseröffnung und deren öffentlichen Bekanntmachung - im Eröffnungsstaat! - nur dann auch gegenüber den Konkursgläubigern befriedigend leisten würde, wenn er nachweisen kann, daß ihm die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war. Es kann nämlich vom inländischen Schuldner nicht erwartet werden, daß er die entsprechenden ausländischen Blätter verfolgt. Ebenso wird man auch bei einem inländischen Konkurs - sei es nun ein Universal- oder lediglich ein Territorialkonkurs nach § 238 KO - nicht als Normalfall davon ausgehen können, daß ausländische Schuldner des Gemeinschuldners - also Schuldner, deren Verpflichtung nicht deutschem Recht untersteht und die auch keinen Wohnsitz in Deutschland haben - durch eine inländische Bekanntmachung von der Konkurseröffnung Kenntnis erlangt haben. Es ist vielmehr die naturgemäße Territorialität von Bekanntmachungen, von denen man eben normalerweise nur im Veröffentlichungsgebiet erfährt, zu berücksichtigen ¹⁰⁾. Damit kann man aber die Beweislast hinsichtlich der Kenntnis von der Konkurseröffnung trotz der Veröffentlichung nicht dem Schuldner aufbürden.

Um dieses Ergebnis etwas zugunsten der Konkursgläubiger zu korrigieren, könnte man auf Antrag des ausländischen Konkursverwalters die Möglichkeit der inländischen Bekanntmachung ausländischer Konkurseröffnungsbeschlüsse und sonstiger Entscheidungen im Rahmen des ausländischen Konkursverfahrens vorsehen, deren Wirkung der inländischen Bekanntmachung inländischer Beschlüsse gleichzusetzen wäre.

Schließlich ist bei einer Reform des deutschen internationalen Konkursrechts die äußerst wichtige Frage des Ausgleichs bei neben dem inländischen Konkursverfahren herlaufenden ausländischen Konkursverfahren oder ausländischen Einzelzwangs-

10) vgl. zur territorialen Wirkung von Bekanntmachungen: GRASMANN S.334, Rz. 600

vollstreckungsmaßnahmen zu regeln. Für diese Fälle ist wenigstens eine Ausgleichspflicht der Art zu fordern, daß ein Gläubiger insoweit keine Konkursdividende im deutschen Konkursverfahren erhält, als er einen solchen Betrag bereits in einem ausländischen Konkursverfahren oder durch während des inländischen Konkurses im Ausland betriebene Einzelzwangsvollstreckung erlangt hat. Die derzeitige Regelung, die nach hM weder eine Einschuß- noch eine Ausgleichspflicht kennt ¹¹⁾, führt dazu, daß die wirtschaftlich starken Gläubiger, die sich an den Vollstreckungsverfahren in möglichst vielen Ländern, in denen sich Vermögen des Gemeinschuldners befindet, beteiligen können, einen erheblich höheren Prozentsatz ihrer Forderungen einbringen, als die wirtschaftlich schwächer gestellten. Es ist deshalb allerhöchste Zeit, daß auch das deutsche Recht eine solche aus sozialen Gesichtspunkten unbedingt erforderliche Pflicht, wie sie die meisten Staaten schon längst als selbstverständlich erachten ¹²⁾, aufstellt, auch wenn dies zu etwas Mehrarbeit für die Konkursgerichte oder -verwalter führen sollte.

11) vgl.o.S. 96,Fn. 70

12) vgl.Aufstellung bei NADELMANN KTS 71/70; sowie o.S.96,Fn.70

LEBENS LAUF

Am 2. Oktober 1945 wurde ich in München als Sohn der Einzelhandelskaufleute Georg und Katharin Willner, geb. Schwarzfischer, geboren. Von 1951 bis 1955 besuchte ich in München die Volksschule; von 1955 bis 1964 ebenfalls in München die Ludwigsoberrealschule, wo ich im Sommer 1964 das Abitur ablegte.

Vom Herbst 1964 bis zum Sommersemester 1969 studierte ich an der Universität München Jura und legte am 3. Dezember 1969 die Erste Juristische Staatsprüfung ab. Seit 17. Februar 1970 bin ich Rechtsreferendar in Bayern.

Zusammen mit dem Jurastudium begann ich ein Dolmetscherstudium an der Sprachen- und Dolmetscherschule in München, das ich in Englisch 1967 mit dem Diplom und dem Staatsexamen, 1968 in Französisch mit dem Vordiplom abschloß. Am 19. Februar 1968 wurde ich als Dolmetscher für die englische Sprache öffentlich bestellt und allgemein beeidigt und bin seither als Übersetzer und Dolmetscher freiberuflich tätig. Im Rahmen dieser Tätigkeit hatte ich viel praktisch mit den Problemen des Internationalen Privatrechts zu tun. Dies trug erheblich zur Wahl des Themas dieser Arbeit bei.

